جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة -

كلية الحقوق –بن عكنون -

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

فرع قانون الأعمال

بعنوان:

الملكية كوسيلة لدعم الائتمان

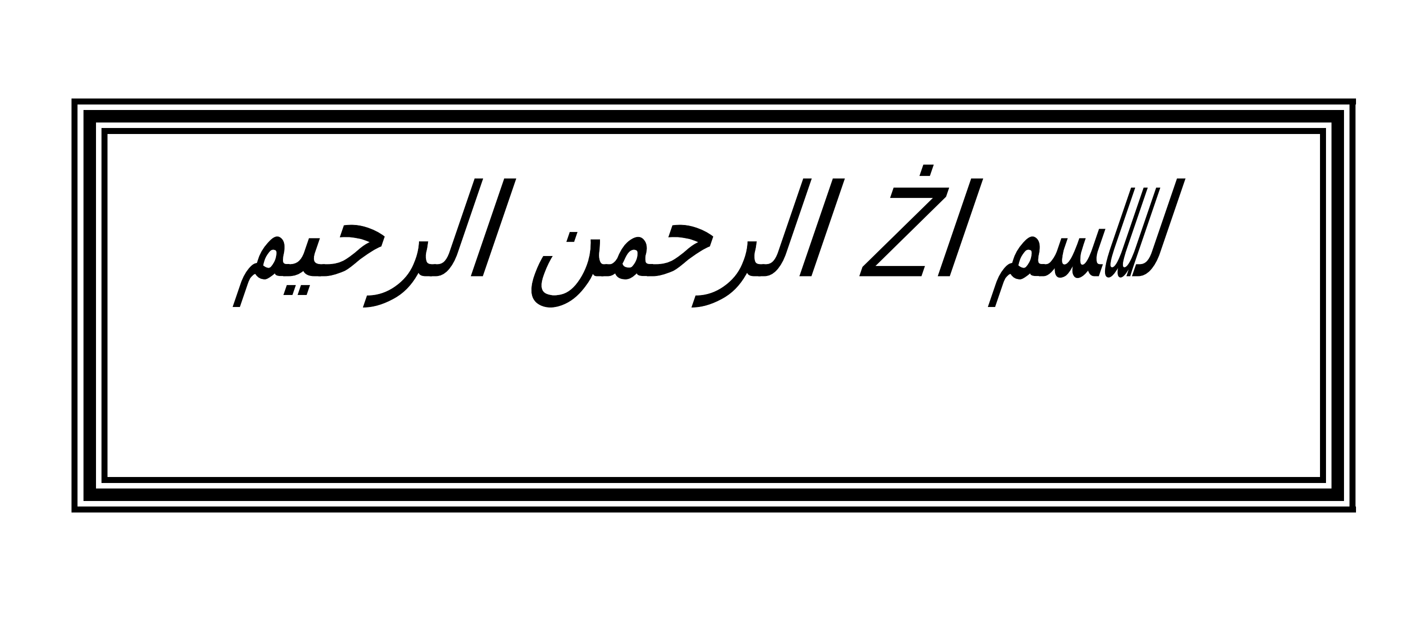
إعداد الطالب :
شرابن حمزه

تحت إشراف:الدكتورة
محمدي فريدة

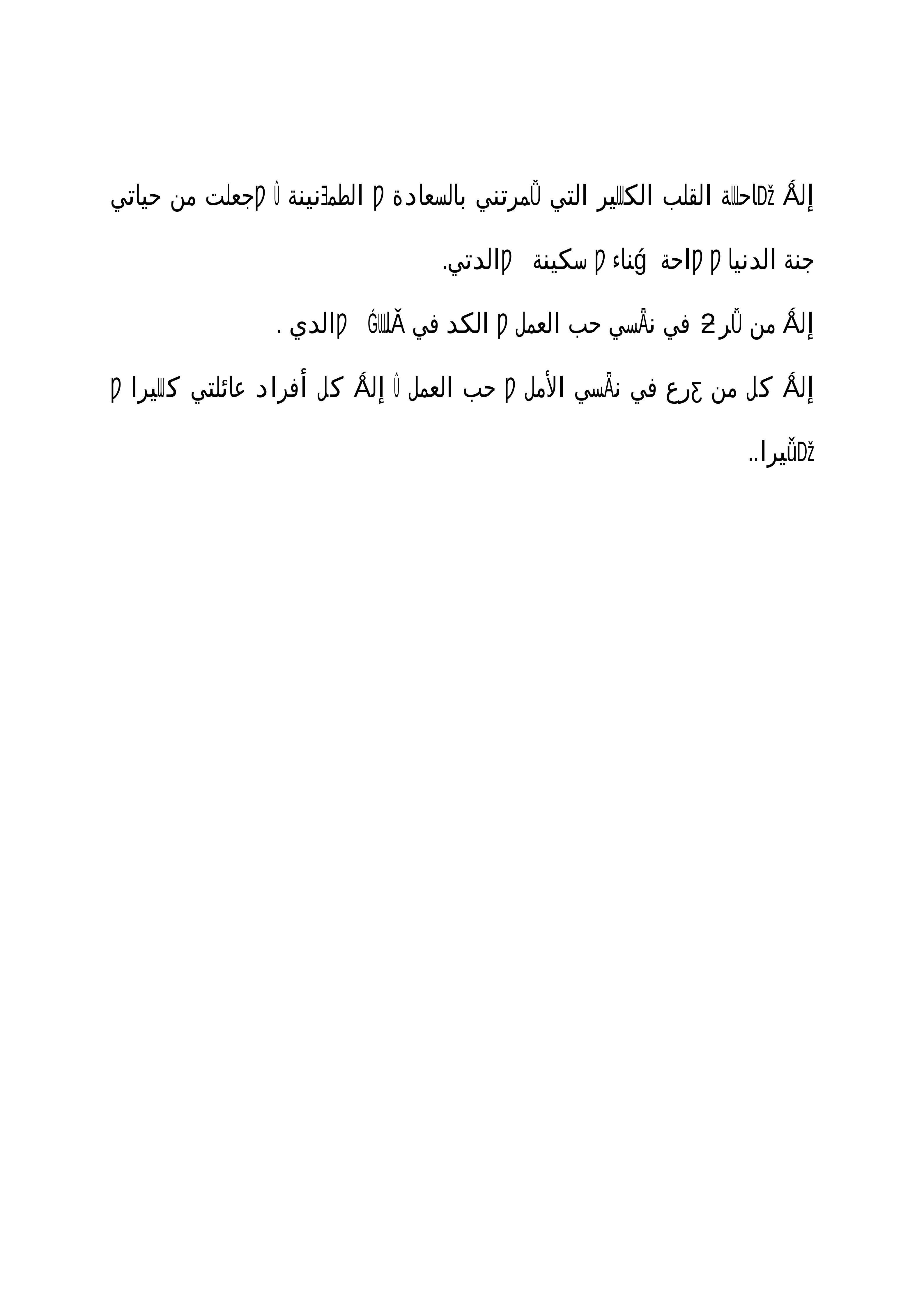
أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور:	بن شنيتي حميد	....رئيسا
الأستاذ الدكتور:	محمدي فريدة	....مقررا
الأستاذ:	راحلي سعاد	....عضوا

السنة الجامعية: 2007-2008


بسم الله الرحمن الرحيم

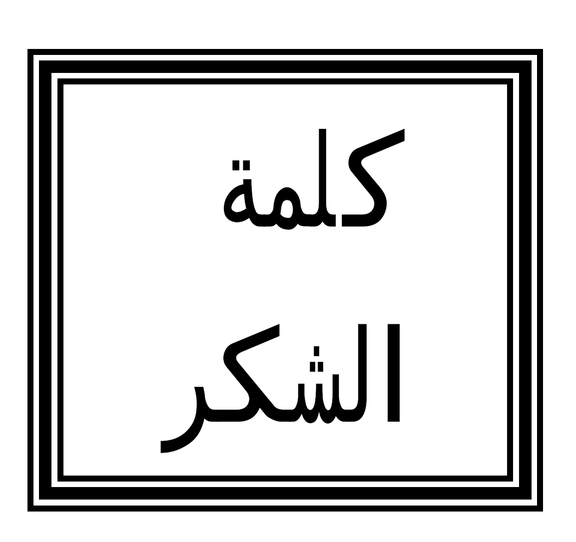

إهداء

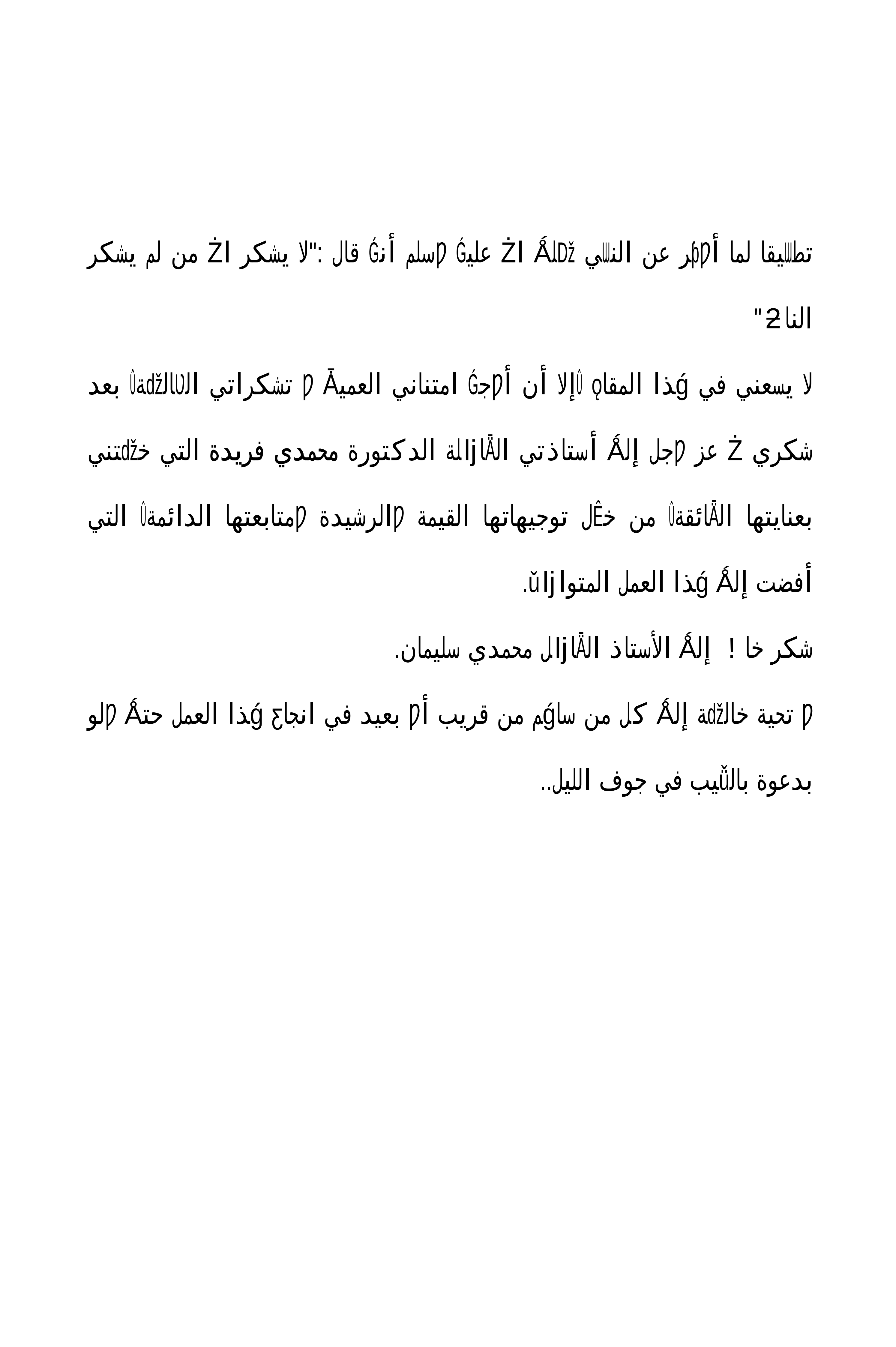


إلى صاحبة القلب الكبير التي غمرتني بالسعادة و الطمأنينة و جعلت من حياتي جنة الدنيا و راحة و هناء و سكينة والدتي.

إلى من زرع في نفسي حب العمل و الكد في الحياة والدي .

إلى كل من زرع في نفسي الأمل و حب العمل ، إلى كل أفراد عائلتي كبيرا و صغيرا..


كلمة
الشكر



تطبيقا لما أمر عن النبي Ǻ ا Ż عليǿ ǿسلم أنǿ قال :"لا يشكر ا Ż من لم يشكر الناƧ"

لا يسعني في ǿذا المقاǫ إلا أن أǿجǿ امتناني العمية Ā ǿ تشكراتي الخالصة بعد شكري Ż عز ǿجل إلى أستاذتي الفاضلة الدكتورة محمدي فريدة التي خصتني بعنايتها الفائقة من خلال توجيهاتها القيمة ǿالرشيدة ǿمتابعتها الدائمة التي أفضت إلى ǿذا العمل المتواضع.

شكر خا ! إلى الأستاذ الفاضل محمدي سليمان.

ǿ تحية خالصة إلى كل من ساǿم من قريب أǿ بعيد في انجاح ǿذا العمل حتى ǿلو بدعوة بالغيب في جوف الليل..

مقدمة

لقد أصبح تداول الأموال عاملا جوهريا لإنعاش الحياة الاقتصادية في المجتمع ، لما يحققه ذلك من رقي وتقدم وإشباع لحاجات الأفراد ، الأمر الذي يستوجب الحماية والعمل على تذليل الصعوبات التي يمكن أن تعوق وتقف في وجه عملية التداول .

إن عملية تداول الأموال تكون بأدوات قانونية مختلفة ، يحتل العقد الصدارة ضمنها، هذا الأخير- العقد - قد يكون عبارة عن عقد البيع، القرض و الإيجار.. الخ

ولكن يبقى في الغالب الأعم عقد البيع هو الأداة القانونية الرئيسية المنظمة لتداول الأموال ، ولذا فان المشرع يتدخل من أجل توظيب هذه الأدوات وتنظيمها ، لتحقيق الدور الأمثل .

ولقد كان لزيادة الإنتاج واتساع الأسواق وزيادة حدة المنافسة بين المشتغلين في النشاط الاقتصادي ، تأثيرا على العلاقات الاقتصادية وبالتالي العلاقات التعاقدية .ذلك أن الواقع العملي و حاجة الأفراد وإقبالهم المتزايد على المتوجات والخدمات ، وأمام زيادة العرض وتنوع أساليب الترويج والدعاية ، وبالمقابل نقص القدرة على الشراء ، يفرض حتما زيادة الطلب على الائتمان ، بل إن حاجة الموردين في حد ذاتهم لترويج سلعهم وخدماتهم وإشهارها يفرض طلب الائتمان .

ومن هنا أصبحت العلاقات التعاقدية تقوم وتتسم بهذا الأخير الذي أصبح يشكل إحدى السمات الرئيسية للعصر الحديث .

فانتشار السلع الاستهلاكية المعمرة في أعقاب الحرب العالمية الثانية ، وارتفاع أثمانها مقارنة بمستوى دخل الأفراد في ذلك الحين ، ساعد على انتشار البيع بالأجل والقرض. كل ذلك لتحقيق طموحات المستهلكين وكذا تحقيق أهداف التجار والمنتجين ، إلا أن الأمر لم يعد يقتصر على ائتمان المستهلكين (الأفراد) ، بل إن رجال الأعمال والتجار وحتى الدول أصبحت تعتمد هذا الأسلوب كطريقة تمويل ، ومن هنا ظهرت المصارف والتي لم يعد نشاطها يقتصر على المجال التقليدي المتعلق بعمليات الصرف

وتجارة النقود ، بل أصبحت المدعم الرئيسي والأساسي للمشروعات الاقتصادية ، بسبب ما تملكه من وسائل تسمح لها بتقديم الائتمان المصرفي الذي يعد احد الركائز الأساسية التي تقوم عليها التجارة .

إن موضوع الائتمان بقدر مكانته وأهميته ، بقدر ما تثير دراسته الكثير من الصعوبات ، ذلك انه لا يتعلق بمجال محدد، وإنما يقع على الحدود المشتركة لعدة فروع مختلفة ، كالقانون والاقتصاد والاجتماع.. الخ . بل إن القانون في حد ذاته عرف نتيجة التطور الاقتصادي ظهور عدة فروع تحمل بصمات هذا التطور، إذ نجد ما يعرف بالقانون الاقتصادي الخاص ، القانون الاقتصادي العام ، القانون الدولي الاقتصادي ، قانون الاستثمار، قانون الأعمال.. الخ ، وكل ذلك يزيد في دراسة موضوع الائتمان صعوبة ، ذلك أن الباحث ملزم بالإحاطة بكل هذه الجوانب .

ولا يكاد يختلف إثنان في أن القانون الاقتصادي أو كما يسميه البعض قانون الأعمال ، يعد أهم فروع القانون في المجتمعات الصناعية المتقدمة ، بل و حتى تلك السائرة في طريق النمو، كما هو الحال بالنسبة للجزائر.و لا شك أن نظام الائتمان يعد إحدى المكونات الأساسية للقانون الاقتصادي .

و لكن بالرغم من تعاظم أهمية الائتمان فان ذلك لا يعني الإفراط في منحه و تبديده ،إذ أصبح من الأمور المسلم بها، أن إساءة استخدامه يحيق بالضرر الشديد سواء بالنسبة للاقتصاد القومي في مجموعه ، أو ما يلحق الأفراد من أضرار. فالائتمان قد يكون مصدرا للازدهار و التقدم ، كما قد يكون مصدرا للانهيار والانكماش ، مما يقتضي التحكم فيه و تنظيمه وبصفة خاصة حمايته.

إن طرق حماية الائتمان عديدة ، إذ نجد ما يعرف برقابة الائتمان المباشرة و غير المباشرة. إلا أن الضمان في الحقيقة يعد السبيل الرئيسي لبسط هذه الحماية ، خاصة وأن وجود الائتمان يفترض أن يكون أداء احد طرفي العقد ممتدا في الزمان ، سواء لمساعدته أو السماح له بتحقيق منافع أكثر.

و نتيجة لارتباط الائتمان بالعقود الممتدة في الزمان ، فانه أصبح هناك تلازم حتمي بين فكرة الائتمان و فكرة المخاطر، و قد كان لذلك أثره في ضرورة البحث عن وسيلة للضمان لمواجهة هذه المخاطر .

إن هذه الضرورة أدت إلى الإقبال المتزايد على الضمانات ، ذلك أن الدائن ، كلما كان متأكدا من الحصول على حقه كلما كان متساهلا في منح ائتمانه للمدين.

و تجدر الإشارة إلى أن الضمان مفهوم واسع ، فهو يشمل مجموعة من الوسائل و الأدوات ، منها ما هو مقترن برابطة الالتزام ، كالحق في الحبس، الحق في الفسخ ، الدعوى المباشرة، الضمان العام..الخ، و منها ما هو اتفاقي ينشأ عن طريق العقد ، كالتأمينات العينية و الشخصية.

هذا و إن الممارسة أدت إلى وجود نوع جديد من الضمان ، يتمثل في الملكية في حد ذاتها ، بل إن التشريعات تتجه إلى اعتماد هذا النوع من الضمان ، خاصة وأن الواقع العملي ابرز عجز وسائل الضمان التقليدية .

وعليه فان الإشكال الذي يطرح في هذا المقام، هل استعمال حق الملكية كوسيلة ضمان قادر على تغطية العجز الذي يكتنف وسائل الضمان التقليدية ، و بالتالي حماية الائتمان بشكل أوسع ؟

و بعبارة أخرى هل الدائن يبحث عن مجرد وسيلة ضمان ، أم أن الذي يهمه ، هو مدى فعالية هذه الوسيلة، وهل توظيف حق الملكية في مجال الضمان يحقق هذه الفعالية ؟

للإجابة على هذه الإشكالية ، ارتأينا تقسيم هذه الرسالة إلى فصلين ، نحاول من خلال الفصل الأول ، إبراز الحاجة الماسة للائتمان في العصر الحديث ، وضرورة حمايته ، مع التركيز على بيان دور و جدوى الوسائل التقليدية في حماية الائتمان . ومن ثم نتناول في الفصل الثاني مدى فعالية الملكية كوسيلة ضمان ، مع التركيز على دراسة شرط الاحتفاظ بالملكية ، ومدى جدوى و قوة هذه الوسيلة في حماية و دعم الائتمان .

لننهي بحثنا بخاتمة ، تظهر نتائج هذا البحث ، و ما يمكن اقتراحه في هذا المجال .

مع الإشارة إلى أننا نتبع المنهج التحليلي الاستدلالي ، و نحاول الاستناد بشكل مكثف إلى ما توصلت إليه التشريعات الأجنبية بشكل عام ، و الفرنسي بشكل خاص ، ذلك أن الدراسة المقارنة تساعد على فهم القانون الوطني و معرفة أوجه القصور في أحكامه ، الأمر الذي يحدد أمام المشرع الوطني مسار الإصلاح التشريعي .

الفصل الأول: الحاجة الماسة للائتمان و ضرورة حمايته

إن الائتمان يتضمن نشاطا معينا،ويحقق أهدافا عدة، فالنقود التي يتم اقتراضها ، أو ما يمنح من الائتمان بصفة عامة يسهم بدون أدني شك في النشاط الاقتصادي، بل إن التطور الحديث أثبت أن الإنتاجية عن طريق الائتمان أصبحت هي الفكرة السائدة الآن في المعاملات ، ذلك أن الأمر لم يعد مقتصرا على توجه فرد في ضائقة مالية إلى أصحاب رؤوس الأموال ، أو ما يعرف بالائتمان الفردي ، بل إن التطور أدى إلى ظهور مؤسسات مالية متخصصة في هذا المجال ، و إن الائتمان أصبح له دور إنتاجي بالدرجة الأولى نتيجة إقبال التجار والصناع ورجال الأعمال و حتى الدولة نحو ائتمان البنوك والمؤسسات المالية بصفة عامة .الأمر الذي جعل من هذا النظام إحدى السمات الأساسية للنظام الاقتصادي الحديث. و بقدر تزايد أهمية هذا النظام بقدر ما زادت أهمية حمايته، ذلك أن الائتمان يتجه نحو المستقبل مما يجعل من فكرة المخاطر ملازمة لفكرة الائتمان مما زاد في الإقبال على الضمانات ، بل إن هذه الأخيرة لها دور حاسم على حجم ومدة وتكلفة الائتمان ، إلا أن الحياة العملية كشفت أن بعض الضمانات التقليدية أصبحت عاجزة عن حماية الائتمان من المخاطر التي تكتنفه لأسباب مختلفة مما يجعل الدائنون في بحث مستمر عن ضمانات إضافية و بديلة .

إن دراسة دور وسائل الضمان في حماية الائتمان يقتضي منا بادئ بدأ إبراز الحاجة الماسة للائتمان في العصر الحديث.

لذا نقسم دراسة هذا الفصل إلى قسمين، نتناول في القسم الأول إبراز الحاجة الماسة للائتمان (المبحث الأول) و في القسم الثاني نحاول دراسة جدوى وسائل الضمان التقليدية (المبحث الثاني)

المبحث الأول: إبراز الحاجة الماسة للائتمان

إن حاجة الأشخاص للسيولة النقدية الدائمة لتلبية الأغراض الخاصة ، أو تحقيق المشاريع يؤدي دوما إلى البحث عن وسائل تمويل جديدة ، كما أن حاجة الشركات لترويج متوجاتها قد يتطلب أموال هامة لا يمكن للمنتجين توفيرها بعد استنفاذ أموالهم خلال دورة الإنتاج ،كما أن حاجة الدولة لتنفيذ مشاريعها و تحقيق أهدافها (بناء السدود، تشييد المباني،التوريد...) يفرض توفير أموال هامة قد تكون الدولة عاجزة عن توفيرها ذاتيا ،كل هذا يفرض اللجوء إلى وسيلة تمويل هامة تتمثل في اللجوء إلى ائتمان الغير، و ذلك عن طريق القرض ،البيع الائتماني ،الإيجار الائتماني.. هذا التنوع في وسائل إنشاء الائتمان مرده تزايد الحاجة إليه في العصر الحديث ،لكن الأمر لا يقتصر عند هذا الحد بل إن اتساع نطاق الائتمان و أهميته في العصر الحديث يزيد في الإقبال على الضمان ،ذلك أن الدائن يبحث دوما على تعزيز مركزه ، بل إن تعزيز مركز الدائن له تأثير حاسم في منح الائتمان و تشجيعه، و من هنا تبرز لنا العلاقة الوظيفية بين أهمية الائتمان و وسائل إنشائه ووسائل الضمان.

إن إبراز هذا الترابط بين هذه العناصر الثلاث يقتضي منا دراسة أهمية الائتمان (المطلب الأول) و تنوع وسائله (المطلب الثاني).

لكن قبل التطرق لهتين النقطتين تجدر بنا الإشارة إلى أنه لا يمكن إبراز الحاجة الماسة للائتمان دون الوقوف عند مفهوم هذا الأخير، خاصة و أن الدراسات المتكاملة في هذا المجال قليلة جدا،و إن وجدت فإنها لا تمس إلا جانبا محددا ،ففي إطار القانون المدني ، و بالتحديد فيما يتعلق بالعقود الخاصة نجدها تدرس هذا الموضوع باختصار ضمن الأحكام المنظمة لعقد البيع بالأجل ، كما أن دراسة عقد القرض تكون غالبا بطريقة عامة و مجردة دون التركيز على ارتباط هذه الوسائل بفكرة الائتمان ،فهل الائتمان هو فكرة مجردة أم أنه نظام قائم بذاته له مقومات و عناصر يستمد منها أصالته؟خاصة و أن البعض ينادي بوضع قانون خاص بالائتمان؟ لذا نحاول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال الوصول إلى مفهوم واضح للائتمان، وذلك في مطلب تمهيدي.

المطلب التمهيدي: مفهوم الائتمان

لقد أصبح من الظواهر الملفتة للانتباه في العصر الحديث، التداخل الشديد بين الاقتصاد و القانون ،و هذا التداخل يؤدي إلى قواعد عملية هامة ، ففهم الظواهر الاقتصادية من حيث مسبباتها وآثارها له تأثير واضح على القانون ، وذلك من حيث ترشيد الوسائل القانونية واستخدامها الاستخدام الأمثل ، كما أن فهم الأنظمة القانونية في بعض الأحيان يفرض فهم الجانب الاقتصادي للموضوع محل الدراسة ، ومادام الائتمان يشكل نقطة التقاء بين القانون والاقتصاد ، فان الأمر يقتضي قيام هذا النظام على ركائز مشتركة في كلا الفرعين (القانون و الاقتصاد) .

إن إبراز هذا الترابط يقتضي منا دراسة تعريف الائتمان (الفرع الأول) و كذا عناصره (الفرع الثاني)

الفرع الأول : التعريف بالائتمان

في الحقيقة نستطيع أن نقر أنه ليس هناك تعريف جامع مانع للائتمان ، نظرا لاختلاف الزوايا التي ينظر منها لهذا الموضوع ، خاصة وان هذا الموضوع يرتبط ارتباطا وثيقا بالاقتصاد ، ومادام الأمر كذلك ، فان التساؤل الذي يطرح ، إلى أي مدى يتقارب تعريف الائتمان من الناحية الاقتصادية و كذا من الناحية القانونية .

أولا : التعريف الاقتصادي

هناك عدة تعار يف سيقت في هذا المجال فلكل اقتصادي تعريفه الذي يقترحه ، فمن الاقتصاديين (Ch.Gide) ، الذي يعرف الائتمان بأنه (تأجير النقود من جانب الذي يملك منها الكثير إلى الذي لا يملك منها إلا القليل) ، نلاحظ أن هذا التعريف يركز على عنصر عدم التعادل في قيمة النقود التي يملكها طرفي العلاقة الائتمانية ، في حين نلاحظ أن التعامل التجاري يقوم على منح الائتمان بين عدد من

التجار، دون الأخذ بعين الاعتبار لما يملكه أطراف العلاقة الائتمانية ، أما الاقتصادي (P .Leroy Beaulieu) فيقول بأن الائتمان هو (وضع رأس مال أجنبي تحت تصرف الغير، مقابل تعهد هذا الأخير برد رأس المال نفسه أو ما يعادله) ، هذا التعريف يعاب عليه كونه استعمل عبارة رأس مال أجنبي ، و في الحقيقة لا نعلم ما المقصود برأس مال أجنبي . كما نجد (L.Baudin) يصف الائتمان بأنه (مقايضة مال حاضر بمال مستقبل) . هذا وقد لاحظ بعض الاقتصاديين على هذه التعاريف أنها تترك جانبا نوعا هاما من أنواع الائتمان، و هو الائتمان الذي ترتضيه عادة بنوك الإصدار . فإصدار الأوراق النقدية لا يتضمن في الواقع إقراضا لرأس مال حقيقي و إنما يعطي قوة شرائية ، لا تمثل في البداية أي مال حقيقي ، لهذا يفضل هؤلاء الاقتصاديين تعريف الائتمان، بأنه تأجير لرأس مال أو لقوة شرائية (1) .

و هناك من أعطى للائتمان معنى واسع، فعرفه بأنه إعطاء حرية التصرف الفعلي و الحالي في مال عيني أو قوة شرائية في مقابل الوعد برد نفس الشيء أو مال معادل خلال فترة زمنية معينة (2) ، كما يمكن تعريف الائتمان اقتصاديا على أنه عملية خلق القوة الشرائية أو بيع النقود لأجل قصير، أو هو تحويل قوة راهنة إلى وعد مؤجل بالسداد ينطوي على الثقة في مقدرة العميل على الوفاء بالتزامه (3).

---

(1) – **Fernand Baudhuin ,L économie politique contemporaine, sous la direction de Louis Baudin ,Volume VIII , Crédit et Banque économie et législation comparées 3éme édition ,refondue, L,G,D,J,1962 ,p 9**.

(2) –**A.Boudino, technique et pratique bancaire, édition Sirey, Paris 3éme édition, ,1974 p197.**

(3)- **فاروق إبراهيم خضير ، مفهوم الائتمان المصرفي و علاقته بالادخار والاستثمار ، مجلة الإدارة ،مصر ، العدد الأول ، المجلد 20 ، يوليو 1987،ص 60.**

من خلال االتعاريف السابقة نلاحظ أن الائتمان من الناحية الاقتصادية يرتكز على عنصر الثقة و الذي يمكن أن نستوحيه لأول وهلة من مصدر الكلمة ذاتها سواء في اللغة العربية ، إذ يقال (ائتمن فلان) ، عده أمينا عليه ، وجديرا برد الأمانة إلى أهلها وجديرا بالثقة ، قال تعالى (**فان ƌمن بعضكم بعضا فليƐد الذي أƟتمن أمانتƓ**) (1) ، وفي اللغة اللاتينية تشتق كلمة (Crédit) من كلمة (Ceder) تعني الثقة أي (Avoir confiance) (2.)

وما يلاحظ أنه مع تطور الحياة الاقتصادية، فان الائتمان أصبح يتضمن مخاطر كبيرة.ذلك أن المدين لم يعد ملزما برد قيمة الدين فحسب بل عليه رد قيمة الدين مع الفائدة المستحقة عليه. كما جرى عليه التعامل مع البنوك.

في الحقيقة إن الائتمان من الناحية الاقتصادية يشكل وسيلة هامة من وسائل توظيف الأموال ، إذ لم يعد منحه يقتصر على مجرد قروض لأشخاص في ضائقة مالية لسبب ما كما هو عليه الحال في الماضي ، إذ نجد أن الائتمان أصبح يمنح لكل فئات المجتمع.

بل أصبح يمنح بشكل بارز لرجال الأعمال ، و من هنا أصبحت شركات كبرى تلجأ إلى اقتراض أموال ضخمة لإعادة استثمارها في مشاريع هامة ، ومن هنا أصبح الائتمان مصدرا هاما لرؤوس الأموال ، وعليه فانه يساهم دون أدنى شك في النشاط الاقتصادي، فالائتمان الذي يوضع تحت تصرف التاجر أو الصانع أو الدولة ، حتى بالنسبة لودائع صناديق الادخار فإنها تدخل أيضا في دائرة النشاط الاقتصادي .

إن معرفة الحقيقة الاقتصادية للائتمان يقتضي طرح التساؤل :

هل يخلق الائتمان الثروة ؟ لقد اختلف الاقتصاديين في هذا المجال، فمنهم من يعتبر أن الائتمان باعتباره قوة شرائية فبالتبعية يخلق ثروة ، و بالمقابل نجد أن رأي آخر يعتبر أن الائتمان لا يخلق الثروة ، و إنما ينقلها ، فالمبالغ المسلمة بواسطة البنك عند خصم سفتجة فان مصدرها بطبيعة الحال هو الودائع التي

---

(1) ـ شاكر القزويني ، محاضرات في اقتصاد البنوك ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2000، ص 90
(2) – F ernand Baudhuin, op.cit, p 11.

تسلمها البنك من قبل ،لكن في الحقيقة يمكن اعتبار الائتمان كوسيلة لخلق الثروة و إن كان بطريق غير مباشر ، ذلك أن الثروة تخلق من خلال النشاط المنتج الذي يلحق الحصول على الائتمان و ليس الائتمان في حد ذاته (1) .

نخلص مما سبق إلى أن الائتمان من الناحية الاقتصادية ،هو وضع رأس المال تحت تصرف الغير على أساس الثقة الموضوعة في هذا الأخير ، الذي يتعهد برد ما قبضه .

ثانيا : التعريف القانوني

باعتبار الائتمان في القانون موزع بين عدة أنظمة قانونية، سواء في القانون المدني أو التجاري ...فان ذلك أدى إلى صعوبة وضع تعريف جامع له ،هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان المشرع لا يوظف مباشرة مصطلح الائتمان ، وإنما يستعمل كلمة قرض ، مع العلم أن كلمة قرض كعقد هو وسيلة من وسائل إنشاء الائتمان ، الأمر الذي يفرض علينا تعريف الائتمان من الناحية التشريعية ، و من ثم الاستئناس ببعض التعاريف الفقهية التي سيقت في هذا المجال ، و منه الوصول إلى تعريف وظيفي لهذا النظام .

فبالرجوع إلى قانون النقد والقرض (2) فإننا نجده يستعمل مصطلح قرض وليس ائتمان ، ترجمة للكلمة الفرنسية (Crédit) التي تقابل باللغة العربية عدة مصطلحات ، قرض ،ائتمان ، اعتماد ... وتجدر الإشارة إلى أن المعنى الذي يقصد به المشرع من خلال كلمة قرض ليس عقد القرض البسيط المنصوص عليه في القانون المدني في المادة 450 التي تنص (القرض عقد يلتزم فيه المقترض بأن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة) ، نلاحظ أن العلاقة الائتمانية وفقا لهذا التعريف تقتصر فقط على منح نقود أو شيء مثلي مقابل رده في تاريخ معين . أي نقل الملكية من المقرض إلى المقترض ، فهذا النوع يعد من أبسط صور الائتمان ، ذلك أن الواقع العملي أبرز صورا أخرى،كالقرض الايجاري الذي تقوم بموجبه

---

(1)- **Fernand Baudhuin, op.cit , p 14 .**

(2) - **الأمر 03 -11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض ، جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 27 أوت 2003 .**

مؤسسة مؤهلة قانونا بوضع آلات أو معدات أو أية أصول مادية أخرى بحوزة مؤسسة أخرى مستعملة على سبيل الإيجار، مع إمكانية التنازل عنها عند نهاية الفترة المتعاقد عليها، ويتم التسديد على أقساط يتفق بشأنها تسمى ثمن الإيجار .

و بالرجوع إلى نص المادة 68 من قانون النقد والقرض التي تنص (يشكل عملية قرض في مفهوم هذا القانون كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أمواله تحت تصرف شخص آخر أو يأخذ بموجبه لصالح شخص أخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة ، أو الضمان . تعتبر بمثابة عمليات قرض عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء لاسيما عمليات القرض الايجاري ...)

نلاحظ أن المشرع عرف القرض بأنه عمل على خلاف المادة 450 من القانون المدني التي تعرف القرض بأنه عقد ، وهنا يختلف العمل عن العقد لأن هذا الأخير هو عبارة عن اتفاق ، في حين العمل هو صورة من الالتزامات التي قد يتضمنها عقد ما (1)

كما نلاحظ أن المشرع في نص المادة 68 ركز على ما يعطيه المقرض للمقترض و الذي قد يكون منح مال أو وعد بمنح، كما قد يكون التزاما بالتوقيع . هذا وقد اعتبر المشرع القرض الايجاري، إحدى عمليات القرض . في الحقيقة نلاحظ أن المشرع أورد صورا للقرض ولم يعرفه ، هذا ما يدفعنا إلى محاولة البحث في التعاريف الفقهية للائتمان .

في الواقع هناك عدة محاولات فقهية لتعريف الائتمان ، فنجد من يعرفه بأنه الثقة (2).فوجود البنوك قائم على ثقة عملائها فيها ، فإذا اختفت هذه الثقة أدى ذلك إلى تدهور نشاطها ، وانتهى بها ذلك إلى إفلاس محقق ، والعكس صحيح ، بمعنى أنه كلما زادت ثقة الجمهور في أحد البنوك ، كلما زاد نشاطه المصرفي وكثرت أعماله و زادت أرباحه بالتالي.

وهناك من عرف الائتمان بأنه تحويل شيء ذي قيمة بشيء آخر هو الثقة في إمكانية و رغبة المدين في

---

(1) - عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من القانون المدني على أنه (اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيئا ما) فالعمل هو إحدى الالتزامات التي قد يتضمنها عقد ما .

(2) - كمال الدين صدقي ، البنوك التجارية من الناحيتين النظرية و العملية ، مكتبة النهضة العربية ،1959،ص11 .

سداد قيمة معادلة في المستقبل (1)

وهناك من أعطى للائتمان مفهوما واسعا، إذ يعتبر الائتمان هو مبادلة قيمة حاضرة بقيمة آجلة ، فالبائع الذي يسلم المبيع مع تأجيل الثمن يقدم للمشتري ائتمانا ، قيمة عاجلة تتمثل في البضاعة المسلمة تقابلها قيمة آجلة تتمثل في المبلغ المستحق دفعه بعد أجل معين- كذلك المشتري الذي يؤدي الثمن مقدما يمنح البائع ائتمانا ـ قيمة حاضرة في مقابل قيمة مستقبلة يحصل عليها عند استلام المبيع . ومثال ذلك أيضا المقرض الذي يقدم للمقترض مبلغا من المال ، فهو يتبادل قيمة حاضرة بقيمة آجلة يحصل عليها عند سداد مبلغ القرض ، وهذه الصورة الأخيرة هي أبرز أنواع الائتمان وأهمها مغزى (2) ، وهناك من عرف الائتمان بأنه منح للثقة ، بمعنى أن الائتمان هو إعطاء حرية التصرف الفعلي والحال في مال عيني أو في قوة شرائية في مقابل الوعد برد نفس الشيء أو مال معادل له خلال فترة زمنية معينة ، وذلك نظير مقابل للخدمة المؤداة و للخطر الذي يمكن أن يتعرض له ، كخطر الهلاك الجزئي أو الكلي الذي تتضمنه هذه الخدمة (3)

نلاحظ من خلال التعاريف السابقة أن الأجل والثقة و الوعد بالرد، هي عناصر تتداخل لتبلور لنا فكرة الائتمان ، ومن هنا حاول الأستاذ نبيل إبراهيم سعد أن يضع تعريفا وظيفيا للائتمان ، وفي هذا السياق يقول (الائتمان هو الثقة التي بمقتضاها يرتضي أحد طرفي العقد إعطاء المتعاقد الآخر سواء حالا أو بعد وقت محدد أداء معينا على شكل رؤوس أموال نقدية أو شكل آخر لمساعدته أو السماح له بتحقيق نفع معين خلال مدة معينة ، وتزداد هذه الثقة و تتعزز كلما اقترنت بضمان خاص يضمن استرداد هذا الأداء و المقابل الملائم لمنحه).

نلاحظ أن هذا التعريف يكشف عن جوهر الائتمان و هي الثقة، وأنه يبين ارتباط الائتمان بالعقد، كما يظهر لنا موضوع الائتمان و الغرض منه، كما يبرز الأجل باعتباره عنصرا مهما في الائتمان، وعليه

---

(1)- فاروق إبراهيم خضير، مفهوم الائتمان المصرفي و علاقته بالادخار و الاستثمار، مقال سابق، ص58.
(2) - زكريا احمد نصر ، النقود و الائتمان في الرأسمالية و الاشتراكية ، مطبعة المدني ، القاهرة ، 1965 ، ص 45 .
(3) -نبيل إبراهيم سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 1991 ، ص 25 .

نجد أن الائتمان يقوم على عناصر من خلالها يمكن الكشف عن جوهر الائتمان وطبيعته، هذه العناصر نتطرق لها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني : عناصر الائتمان.

تقوم العلاقة الائتمانية على منح المتعاقد رأس مال أو قوة شرائية للمتعاقد الآخر، على أن يتعهد هذا الأخير برد ما تسلمه أو غيره خلال اجل معين. لكن في الحقيقة أن المتعاقد (المقرض) لا يمنح ائتمانه إلا إذا وثق في مقدرة المقترض على الرد ، وهذه الثقة تتكرس من خلال أن المقرض يمنح ائتمانه على أن يحصل على ما منحه بعد أجل معين ، ومن هنا نلاحظ من جهة ارتباط الائتمان بالثقة و العقد .و من جهة أخرى ارتباط الثقة في حد ذاتها بالأجل، هذه العلاقة الأخيرة تثير نوعا من المخاطر المتمثلة في عدم وفاء المدين، وبالتالي المساس بالثقة الممنوحة له ، فهل هذا الأمر يجعل من الضمانات وسيلة حتمية لتدعيمه .

أولا : الائتمان يرتكز على الثقة .

يقوم الائتمان على الثقة بل أن هناك من عرف الائتمان بأنه يعني الثقة ، فالبنوك مثلا يقوم ائتمانها أساسا على الثقة في عملائها فإذا اختفت هذه الثقة أدى ذلك إلى تدهور نشاطها ، فالبنك لا يمنح ائتمانه إلا إذا وثق في المقترض و في قدراته على التسديد أي وضع الثقة في حسن نية المقترض (1) ، وهناك مبدأ أساسي شائع و معبر عن الارتباط الوثيق بين الائتمان والثقة ، وهذا المبدأ رغم عبارته الوجيزة إلا أن دلالته ذات مغزى كبير ، وهذه العبارة تقول الائتمان مات الموفي السيئ قتله (Le crédit est mort la mauvais Payer la tue)

وهذا ما يدل عليه مصطلح (Crédit) الذي أخذ من المصطلح اللاتيني (Crdere) والذي يعني (Croire)، أي اعتقاد، بمعنى أن المقرض يعتقد أن المقترض سيقوم بالوفاء بالتزاماته، والاعتقاد لا

---

(1) - **Luicien , M ,Martin , banques et bourses , 3éme édition , 1991, p265.**

يكون إلا بوجود ثقة (1) .

فبدون ثقة لا يوجد الائتمان. و من الوقائع التاريخية الطريفة التي تدل على ذلك ، قصة رجل الأعمال الشهير (Barnum) الذي تقدم ذات يوم إلى أحد رجال البنوك ليطلب منه ائتمانا، ليتجاوز أزمة طارئة حلت به ، فسأله المصرفي عن الضمانات التي يمكن أن يقدمها حتى يستطيع أن يحصل على هذا الائتمان، فرد عليه (Barnum) ببساطة متناهية (بالنسبة لعنصر عيني لضمان الائتمان فليس لدي شيء من ذلك ولكن أنا (Barnum) (2) هذا يكفي اسمي بذاته يوحي بالثقة) ، أمام هذه الإجابة الفخورة ذات المغزى والدلالة لم يكن أمام المصرفي سوى قبول منح (Barnum) الائتمان الذي طلبه (3) . هذه الواقعة تبين بشكل واضح الجانب النفسي للائتمان ، والمتمثل في الثقة والتي تعتبر كأساس للتنظيم الاجتماعي والتجاري .

ثانيا : الائتمان يرتكز على العقد والزمن .

إن الالتزام الناشئ عن العلاقة الائتمانية ، هو بالضرورة التزام مقترن بأجل ، ففي عقد القرض مثلا ، هناك فارق زمني بين الأدائين ، أداء المقرض الذي يكون فوريا وأداء المقترض الذي يكون مؤجلا لأن التسديد (دفع القرض) ينشئ التزاما مقترنا بأجل ، هذا من جهة و من جهة أخرى فلو رجعنا إلى تعريفات الفقهاء للائتمان نجد أن هذه التعريفات تدور حول تأجير رأس مال أو قوة شرائية ، فالتساؤل الذي يطرح في هذا المجال ، ما هي وسيلة التأجير ؟

من الواضح أن الإجابة عن هذا السؤال لا تحتاج عناء كبير ، حيث أن الوسيلة المستعملة هنا هي العقد و من هنا نجد الارتباط الوثيق بين الائتمان والعقد، بحيث لا يمكن أن نتصور ائتمان دون أن تكون هناك علاقة عقدية.

---

(1)- Pascal, Ancel, Manuel de droit du crédit , litec ,Paris ,1994, p5.

(2) - (Barnum) كلمة كانت تطلق على الإقطاعي مالك الأراضي.

(3) - علي البارودي ، السلطة التقديرية لرجل البنك في إبرام العمليات الائتمانية ، المال والصناعة ، بنك الكويت الصناعي ، العدد الأول 1980 ، ص 11 .

لكن ما يلاحظ أن اقتران الائتمان بالأجل والعقد ، يمكن أن يثير نوعا من المخاطر لأن أداء الطرفين لا يكون في وقت واحد ، حيث أن أداء المقرض مثلا يكون فوريا في حين أداء المقترض مؤجلا ، ومن هنا فان هذا الأخير (المدين) قد يصبح خلال مدة العقد غير قادر على تسديد القرض ، وهذا ما يعرف بالخطر الائتماني ، وهو الخطر الناجم عن احتمال عدم استطاعة المقترض تسديد القرض ، واحتمال تحقق الخسارة تبعا لذلك (1) .

فالبنك عند قيامه بعملية القرض لا يعتمد فقط على رأس ماله ، وإنما على موارده كلها بما فيها الودائع النقدية والرصيد الموجود في الحسابات الجارية بينه وبين عملائه (2) .

ولذلك فان البنك يمكن أن يتحمل أعباء تفوق بكثير الأعباء التي يمكن أن يتحملها أي دائن عادي ، في حالة عدم وفاء المقترض بالتزاماته في الآجال المحددة ، وذلك يؤثر سلبا على التوازن المالي للبنك ، ويكلفه نتيجة لذلك خسارة فادحة ، وهذا ما يسمى بإشكالية السيطرة على مخاطر القرض .

في الحقيقة إن المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المقرض عديدة ومتنوعة إذ نجد من بينها امتناع المقترض عن التسديد سواء بسوء نية أو بسبب إعساره أو إفلاسه كما نجد خطر التأخر عن التسديد، وهنا يكون لهذا النوع من الأخطار أثر جسيم إذا كان المقرض بنكا ، ذلك أن هذا الأخير يتعامل بأموال المودعين التي قد تطلب في أي وقت، فضلا عن هذه الأخطار قد نجد نوعا آخر من الأخطار، و هي تلك الناجمة عن الأزمات الاقتصادية والسياسية كانخفاض العملة، وهو ما يعرف بمخاطر القيمة والصرف(3)

في الواقع إن المقرض يبحث دوما عن وسائل للتقليل من المخاطر، فقد جرى العمل مثلا في مجال القروض البنكية الالتجاء إلى قواعد الحذر والوقاية ، فالبنك قبل اتخاذه لقرار منح القرض يقوم بإجراء مقابلة تجمعه مع طالب القرض ، ويقوم بإعداد دراسة تتعلق بشخص المتعامل مع البنك و مقدرته ووضعه

---

(1) - **Gilles Gobin , les opération bancaires et leur fondements économiques , Donos , Paris , 1980 ,p 99 .**

(2) - **علي البارودي ، القانون التجاري، العقود وعمليات البنوك ، الدار الجامعية ، لبنان ، 1991 ، ص 113 .**

(3) - **Anne Marie , percée du sert , risque et contrôle de risque , édition economica ,Paris , 1999,p17.**

المالي (1) .

في الحقيقة إن السبيل الوحيد للتقليل من المخاطر هو الالتجاء إلى التأمينات الشخصية أو العينية و غيرها من وسائل الضمان أي الالتجاء إلى العقد ،(و هذا ما يدعم فكرة ارتباط الائتمان بالعقد).

و هذا ما يجعلنا نعتبر إن لم نقل نجزم بأن الضمان هو أمر حتمي لحماية الائتمان وقد أثبت ذلك الواقع العملي من خلال التعامل مع البنوك ، حيث أن هذه الأخيرة باعتبارها أهم المؤسسات المالية تعمل دوما على توظيف مختلف وسائل الضمان من أجل حماية ائتمانها .

نخلص من كل ما سبق أن الائتمان هو الثقة التي يضعها المتعاقد في المتعاقد معه، الذي يتعهد برد ما تسلمه خلال أجل معين، وفقا للشروط المتعاقد عليها .و أن التقارب بين التعريف القانوني و الاقتصادي للائتمان أساسه أن عناصر هذا النظام هي الثقة التي يضعها الدائن في المدين .

المطلب الأول : الأهمية العملية للائتمان .

لقد أصبح الائتمان من الوسائل الهامة لتمويل المشروعات ،إذ أصبحت مشروعات كبرى تعتمد على هذا الأسلوب في التمويل ، ذلك أن الأمر لم يعد يقتصر على الائتمان الممنوح من الأفراد ، إذ ظهرت مؤسسات مالية ضخمة تعمل في هذا المجال بل أن الدولة في حد ذاتها أصبحت تلجا إلى هذه الوسيلة لتحقيق استراتيجياتها (التشييد ، البناء ، التوريد ...) لكن إذا كانت أهمية الائتمان بهذا الشكل الكبير ، فهل كانت كذلك منذ العصور القديمة ،أم أنها خاصية يتميز بها العصر الحديث ، وهل تعاظم أهمية الائتمان يسمح بالإفراط في منحه ؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي معالجة فكرتين، التطور التاريخي لدور الائتمان (الفرع الأول)

---

(1)- محمد كمال خليل الحمزاوي ، اقتصاديات الائتمان المصرفي ، دراسة تطبيقية للنشاط الائتماني و أهم محدداته ، منشاة المعارف الإسكندرية ، 1997 ، ص 90 .

و مدى أهمية الرقابة على منح الائتمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول : التطور التاريخي لدور الائتمان .

إن الدراسة التاريخية لموضوع ما ، تبرز لا محال تطور و أهمية هذا الأخير عبر مراحل زمنية مختلفة . وبالفعل فان إبراز الحاجة الماسة للائتمان لن يتأتى إلا بمعرفة مدى أهميته بين العصور الماضية ، وصولا إلى العصر الحديث ، ذلك أن توسع و انتشار الائتمان في العصر الحديث ، لا يعني عدم وجود بوادر ظهور هذا النظام ضمن العصور الماضية ، إذ نجد معالمه ضمن مؤلفات قدماء الكتاب .

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن الائتمان لم يعد يقتصر على القروض التي تمنح للأفراد أو مايعرف بالائتمان الاستهلاكي كما كان عليه الأمر في الماضي ،بل إن هذا الأخير - الائتمان الاستهلاكي- في حد ذاته قد عرف تطورا هاما.

لإبراز هذه التطورات نتطرق لأهمية الائتمان في العصور السابقة (أولا) و دوره في العصر الحديث (ثانيا).

أولا : أهمية الائتمان في العصور السابقة .

لم يكن الائتمان منتشرا بشكل بارز في العصور القديمة ، رغم ذلك نصادف بعض معالم هذا النظام في بعض المدن التي كانت تتميز بانتشار التجارة فقد كان هناك صيارفة في بابل و اليونان ، و كانت تبرم بعض القروض آنذاك ،و قد كتب (Démosthène) صديق أرسطو « إذا جهل أحد أن الائتمان هو أكبر مصادر الأعمال ، فانه يكون قد جهل كل شيء » (1) .

في العصور الوسطى و مع ظهور المسيحية ، أصبح ينظر للقروض بفائدة على أنها مصدر شؤم ، وقد تبنى رجال الدين و القانون نفس الموقف ، حيث حرم القرض بفائدة ، حتى وإن كان هناك من دافع من أجل سعر فائدة مخفضة. و قد تبنى أباء الكنيسة اليونانية هذا الموقف ، إذ لم يتخذوا موقفا ضد الفائدة

---

(1)- نبيل إبراهيم سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان ، مرجع سابق ، ص 45 .

و لكن ضد الربا .

في هذا العصر معظم العمليات الائتمانية عبارة عن قروض استهلاكية، إذ لم تكن مؤسسات الإقراض منتشرة آنذاك، فالمقترض هو عبارة عن شخص بائس وقع في ضائقة مالية فرضت عليه اللجوء إلى ائتمان غيره . وقد كان هناك استغلال كبير من المقرضين الذين كانوا يتحايلون عن الكنيسة بفرض سعر فائدة باهضة ، ومن هنا كان الصراع حادا بين مطالبي تبني القروض بفائدة و الرافضين لذلك .

في أواخر العصور الوسطى ، ومع ظهور المدن التجارية بدأ الائتمان يتطور إذ أصبح للقرض توجها آخر، إذ أصبح يشكل وسيلة لتحقيق الأرباح ، و من هنا كان على المقترض منح المقرض جزءا من الأرباح المحققة بواسطة المبالغ المقترضة .و ظهر آنذاك ما يعرف بعقد (الكومندا) contrat de commande أو التوصية أو وضع الثقة، الذي لجأ إليه أصحاب الأموال تحايلا على تحريم الربا من طرف الكنيسة ، وبموجب هذا العقد يقوم الرأس مالي بتقديم أمواله إلى تاجر قصد استغلالها تحت رقابة و إشراف مقدم المال الذي لا يظهر أمام الغير و لا يسأل عن الخسارة إلا في حدود المال الذي قدمه ، أما في حالة الربح فالغالب أن يستحوذ على ثلاثة أرباعه تاركا الربع فقط لمن قام بالعمل (1) .

و في مرحلة لاحقة أصبحت الفائدة تفرض على المقترض ، بغض النظر عما إذا حقق ربحا أم لا ، ففي جميع الأحوال من حق المقرض أن يتسلم فائدة عن الأموال التي أقرضها ، إذ يجب أن يعوض المقرض عن قبول المخاطرة التي قد تنجم فيما لو لم يسترد مبلغ القرض ، كما أن المقرض إذا لم يمنح أمواله للمقترض ، فانه قد يشغلها في نشاط تجاري أو مشروع مربح ، وهذا ما يعرف بتضييع أو تفويت الربح ، إذ لم يعد ينظر للنقود على أنها عقيمة ، إذ من الممكن توظيفها بكيفية تغل عائدا كبيرا . هذا المناخ شجع على ظهور مؤسسات الإقراض ، وبالتبعية لتطور الائتمان .إذ أن الدولة أصبحت تلجأ إلى تمويل المؤسسات المالية من أجل تحقيق سياستها في مجال الإنفاق. كما أن دخول الدول في حروب مكلفة كثيرا

---

(1) ـ نادية فضيل ، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري ، دار هومة ، الطبعة السادسة ، 2006 ، ص137،10.

ما يزيد حاجتها للائتمان(1) .

ومن هنا بدأت تظهر إلى الوجود ما يعرف بالبنوك التجارية ، ففي القرن 18 وصلت انجلترا إلى مستوى متقدم في هذا المجال ، وبعدها انتشرت هذه البنوك عبر أرجاء القارة الأوربية ، وفي القرن 19 كان ينبغي أن يكون عصر الائتمان ، و هو ما يمكن أن نسميه بحق قرن الائتمان ، نظرا للسلام والاستقرار النقدي اللذان سادا العالم وقتا طويلا، مما سمح للائتمان بالاستفادة من ذلك المناخ خاصة بعد سقوط نابليون . كما أن وضع قواعد تحكم استعمال الائتمان و توجيهه ساعد على انتشار الائتمان ، فقد بدأت بنوك إصدار حقيقية تظهر للوجود وبدأ الجمهور يألف التعامل بالسندات ، وإن كان ذلك لم يتم بسهولة ، كما انتشرت بنوك كبيرة في العالم من أهم وظائفها وضع الائتمان تحت تصرف التجار و رجال الصناعة و حتى المستهلكين .

ثانيا : دور الائتمان في العصر الحديث .

إن معرفة دور الائتمان لا يكون إلا بادراك وظائفه الاقتصادية،فهو يسمح بالاستخدام الأمثل لرأس المال ، ذلك أنه يركز على الادخار و تجميع الأموال ، حيث يمكن استخدامها اقتصاديا بدلا من اكتنازها ، أو المخاطرة بها في مشروعات غير مربحة ، ولذلك فان الأموال تجد طريقها إلى البنوك ، لتتلقفها أيد أمينة لها من الكفاءة على إدارتها ما يطمئن المدخر على مدخراته ، ويحقق ربحا للبنك ، والمساهمة بطريقة فعالة في تنمية الثروة القومية ، ورفع مستوى المعيشة و خلق مجالات عمل جديدة ، والبنوك أداة هامة لتجميع المدخرات و تقديمها لمن يستخدمها لزيادة رأس المال الحقيقي للمجتمع (2) .

كما أن الائتمان يسمح بالحصول على رؤوس الأموال ، ذلك أن المؤسسات المالية لا يمكنها أن تقوم اعتمادا على الفرد الواحد أو حتى على مجموعة من الشركاء لتزويدها برأس المال اللازم ، فهذه المؤسسات سوف تحتاج على الأقل في فترة من فترات حياتها إلى الائتمان ، فلو أن شركة ما رغبت في

---

(1)- Fernand Baudhuin , L'économie politique contemporaine , op. cit,p 15.

(2) - فاروق إبراهيم خضير ، مفهوم الائتمان المصرفي و علاقته بالادخار و الاستثمار ، مقال سابق ، ص59.

توسيع نشاطها ، واحتاجت إلى أموال من أجل تحقيق ذلك ،فإنها فضلا عن إعادة استثمار أرباحها أو طرح أسهم جديدة للاكتتاب فإنها تقوم بالحصول على ائتمان عن طريق إصدار سندات ، فعدد كبير من شركات السكك الحديدية و شركات الخدمات العامة ، وغيرها من الشركات الكبيرة إنما شيدت وتوسعت بأموال مقترضة ، كما أن التاجر الذي يرغب في شراء بضائع معينة أو المستورد الذي يستلم شحن من السلع المستوردة غالبا ما يحتاج إلى ائتمان مؤقت و من هنا سيكون الإنتاج أكثر وفرة وأقل تكلفة.

كم أن الائتمان يسمح بتكوين رصيد كبير من المدخرات، فحجم إقبال الجمهور على الادخار يرتبط ارتباطا وثيقا بحجم استثمار هذه المدخرات و ما يدره من ربح .

إذ كان توظيف رؤوس الأموال قديما من الأمور الصعبة ، فالمباني المشيدة لم تكن ذات أهمية كبيرة ، والأعمال التجارية الضخمة لم تكن محل اهتمام ، ذلك أن سعي الإنسان كان ينحصر فقط حول كسب قوته، ومن ثم فان الادخار لم يأخذ سوى شكل الاحتفاظ بقطع الذهب أو الفضة، وما كان يتضمن ذلك من مخاطر الضياع والسرقة ، أما حاجة العالم اليوم إلى رؤوس الأموال الضخمة وتكوينها عن طريق الادخار أصبح شرطا جوهريا للتقدم الاقتصادي ، فإذا كانت الدول الحديثة لديها مجموعة من الأدوات الاقتصادية مثل السكك الحديدية و القنوات والطرق ، وإذا كان تملك المنازل التي يعيش فيها سكانها و المؤسسات الصناعية والتجارية التي تقوم بالإنتاج ، فذلك كله راجع إلى أن المواطنين لا يستهلكون كل ما يكسبون ، وبمعنى آخر إنهم يدخرون (1)

في الواقع إن التطور الحقيقي أنه لم يعد ينظر للائتمان الاستهلاكي نظرة شك وريبة كما كان من قبل ، إذ أصبح الآن سمة من سمات العصر الذي نعيش فيه ، وترتب على ذلك أن زاد اهتمام البنوك التجارية خروجا عن عادتها التقليدية ، ففي مجال بيع السيارات مثلا نجد انتشارا كبيرا لبيعها بالأجل مع الإشارة إلى أن شراء السيارة وفقا لهذا الأسلوب ليس الهدف منه دائما الاستهلاك و المتعة ، بل أصبحت أغلب سيارات نقل الأشخاص والبضائع يتم الحصول عليها عن طريق البيع بالأجل ،و هذا ما أدى إلى تخفيض

---

(1) – **Fernand Baudhuin ,L’ économie politique contemporaine , op. cit , p18.**

محسوس لسعر التكلفة ، كما أن شراء العقارات و المباني والسكنات أصبح أغلبه يتم في صيغة البيع الايجاري ، والذي يحقق مصلحة وفائدة للمشتري والبائع في آن واحد ، بحيث يمكن الأول من الانتفاع من العين المبيعة و الحصول على ملكيتها بطريقة ميسرة ، ذلك أن المشتري غالبا ما يعجز عن شرائها دفعة واحدة نظرا لارتفاع تكلفتها ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الائتمان يسمح للمستهلك بالشراء في وقت تكون موارده غير كافية .

هذا وإن نطاق الائتمان الاستهلاكي اتسع في الوقت الحاضر ليشمل العديد من المجالات من بينها السفر بالطائرة ، خاصة وأنه مفيد بالنسبة للموظفين في إجازتهم السنوية ، الوجبات في المطاعم ، التي تسمح بتجنب الدفع في الحال و تسهل حفلات الاستقبال ..

هذا وقد شهد الائتمان الاستهلاكي في العصر الحديث انطلاقة جديدة وذلك بصفة خاصة بعد ظهور العديد من التنظيمات النقابية، سواء كانت عمالية أو مهنية. والتي أصبحت تلجا إلى الائتمان الاستهلاكي، وذلك للتيسير على أعضائها, كما يعتبر الائتمان وسيلة ملائمة لسداد فواتير المياه والكهرباء والغاز مرة في الشهر بدلا من سدادها يوميا.

في الحقيقة إن وظائف الائتمان عديدة و متنوعة ، ويبقى أنه وسيلة هامة للتمويل في الاقتصاد الحديث ، وانه أهم مصادر توليد النقود و تغطية احتياجات الاستثمار ، وان دورة الإنتاج و التسويق تعتمد عليه كأكبر مدعم لهذه النشاطات .

الفرع الثاني : أهمية الائتمان لا تعني الإفراط في منحه .

إلى جانب الدور الذي يقوم به البنك المركزي (1) باعتباره بنك البنوك ، أو بنك الحكومة (دور سيادي) فان له دور بالغ الأهمية في مجال تنظيم ومراقبة الائتمان ، وهذا من خلال العلاقة بينه و بين البنوك

---

(1) - لقد غير المشرع التسمية إذ أصبح البنك المركزي يعرف باسم «بنك الجزائر » وهذا حسب قانون النقد و القرض : الأمر 03 -11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 27 أوت 2003 .

التجارية ، وركزنا في هذا الإطار على جانب الائتمان المصرفي لما له من أهمية ، ذلك أن الائتمان الممنوح بين الأفراد (أشخاص طبيعيين) لا يثير مخاطر تنعكس على الاقتصاد الوطني ، كتلك التي يثيرها الائتمان المصرفي ، فان التساؤل الذي يطرح ، ما مدى فعالية هذه الرقابة ؟

إن الرقابة المفروضة على البنوك التجارية، في مجال منح الائتمان، قد تكون رقابة مباشرة (أولا) و قد تكون رقابة غير مباشرة (ثانيا) .

أولا : أهمية الرقابة المباشرة للائتمان .

الرقابة المباشرة للائتمان هي تلك الوسائل أو الأدوات التي يمكن للبنك المركزي من خلالها وضع قيود مباشرة للتحكم في حجم الائتمان الذي تمنحه البنوك التجارية ، ومن أهم هذه الأدوات تحديد هامش الضمان المطلوب أو سقف الائتمان ، ويقصد بسقف الائتمان الحد الأقصى لمبلغ الائتمان الممنوح لشخص معين (1) ،و تتجه كثير من البنوك المركزية إلى استخدام أسلوب السقوف الائتمانية ، كأداة للرقابة على الائتمان المصرفي ، وإذا كانت هذه النسبة تطبق على جميع البنوك ، فيمكن أن تطبق هذه السقوف لكل بنك على حدى (2) ، و حسب أحكام قانون النقد والقرض و النصوص المطبقة له ،لم يعد هناك تحديد لسقف القروض الممنوحة للأشخاص ، حيث أصبحت البنوك حرة ، حسب التنظيم الداخلي لها ، في منح القروض ،إلا أنه يمكن لبنك الجزائر أن يعتمد أسلوب الإقناع الأدبي و الذي يقصد به مجرد التوجيه و إسداء النصح إلى البنوك التجارية من خلال دعوة المسؤولين عن إدارة هذه البنوك إلى الاجتماع بهم، حيث يصدر إليهم توجيهات بشأن التقليل من القروض لقطاع معين (3) .أما عن سعر الفائدة فان البنوك أصبحت تحدد بحرية أسعار الفائدة المطبقة على العمليات المصرفية كأصل ، إلا أنه يمكن لبنك الجزائر أن يجدد سقفا أقصى لسعر الفائدة الذي لا يمكن للبنوك تجاوزه ،وهذا ما جاء في نص المادة الرابعة من النظام رقم 13/94 المؤرخ في 2 يونيو 1994 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على

---

(1) ـ مجيد ضياء الموسى ، الاقتصاد النقدي ، الإسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة ، 1989 ، ص 271 .
(2) ـ محمد كمال خليل الحمزاوي ، اقتصاديات الائتمان المصرفي ، الإسكندرية ، منشاة المعارف ، 1997 ، ص ، 172.
(3)- مظلوم حمدي محمد ، النقود وأعمال البنوك و التجارة الدولية ، بيروت، دار النهضة العربية،بدون سنة نشر،ص 64،65.

العمليات الصرفية(1)، و التي تنص (تحدد البنوك و المؤسسات المالية ، بكل حرية ، معدلات الفائدة الدائنة و المدينة و كذا معدلات و مستوى العمولات المطبقة على العمليات المصرفية.

غير أنه يمكن لبنك الجزائر أن يحدد هامشا أقصى يستوجب احترامه من قبل البنوك و المؤسسات المالية بالنسبة لعمليات القرض). مع الإشارة إلى أنه قبل صدور قانون النقد و القرض لسنة 1990 كان المجلس الوطني للنقد هو المخول بصلاحية تحديد أسعار الفوائد والعمولات التي تأخذها البنوك بمناسبة إصدار القرض،و لكن ابتداء من سنة 1991 بموجب قانون النقد و القرض رقم 10/90 حرر مجلس النقد و القرض معدلات الفائدة، و أصبحت البنوك تطبق نظام السعر المرجعي البنكي Taux de base bancaire الذي يتغير حسب معدلات السوق النقدية(2) إلى أن تم ضبط الشروط المطبقة على الأعمال المصرفية بموجب النظام 13/94 على النحو المبين سابقا،إذ يمكن لبنك الجزائر أن يعتمد أسلوب الأوامر و التعليمات الملزمة عن طريق إصدار القرارات الملزمة للبنوك التجارية ، بم يتماشى و متطلبات إدارة السياسة النقدية ، مثل أن يحدد الحد الأقصى لجملة قروض البنوك التجارية و استثمارها، أو إعطاء أوامر بزيادة قروض البنوك للصناعات الصغيرة.و يستطيع البنك المركزي أن يلجأ إلى فرض جزاءات على البنوك التي تنتهج سياسة مخالفة للسياسة الائتمانية للبنك المركزي ، مثل حرمانها من الاقتراض منه(3)

وكتقييم للرقابة المباشرة للائتمان فان أدوات هذه الرقابة لا يمكن إنكار قوتها وفعاليتها ، من حيث التأثير على خلق الائتمان بالنسبة للبنوك التجارية ، لأنها تتميز بسهولة ربطها ببرنامج نقدي معين ، و هي تمثل جانب هام من أدوات السياسة النقدية،هذا من جهة و من جهة أخرى هناك سلبيات لهذه الأدوات في التحكم المباشر للائتمان ، إذ أنها تحد من المنافسة بين البنوك ، لجلب الودائع و خلق فرص استثمار جديدة (4)

وهذا ما ميز قطاع البنوك قبل 1990 ، من حيث تفضيل القطاع العمومي على القطاع الخاص ، لكن بعد

---

(1)- النظام رقم 13/94 المؤرخ في 2 يونيو 1994 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية،جريدة رسمية رقم 72، المؤرخة في 06 نوفمبر1994.

(2)- طالي لطيفة ،القرض العقاري، بحث لنيل شهادة الماجستير،فرع العقود و المسؤولية ،كلية الحقوق بن عكنون،سنة2002/2001،ص89.

(3)- محمد سويلم، إدارة البنوك و بورصات الأوراق المالية،المنصورة،الشركة العربية للنشر و التوزيع، 1992، ص 251،252.

(4)- أسامة محمد الفولي و مجدي محمد شهاب، مبادئ النقود و البنوك ، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية ، 1997،ص217.

1990 كرس قانون النقد و القرض مبدأ حرية الاستثمار في القطاع المصرفي ، و تكريس أيضا مبدأ عدم التمييز بين الوطني و الأجنبي حيث أنه كقاعدة عامة أصبح لا يؤخذ بتحديد سقف الائتمان بل يترك ذلك لحرية البنك و تقديره للأخطار الناتجة عن هذه القروض (1) و نظرا للجوانب السلبية التي قد تتميز بها الأدوات المباشرة ، كان هذا وراء التحول إلى الاعتماد بشكل رئيسي على الأدوات غير المباشرة.

ثانيا:أهمية الرقابة غير المباشرة

إن ما يميز الرقابة غير المباشرة عن الرقابة المباشرة، هي أنها تمكن البنك المركزي من التحكم في حجم الائتمان على المستوى الكلي و بصفة غير مباشرة،ويأتي اعتماد هذه الأساليب مسايرة للاتجاه العام نحو الاعتماد المتزايد لقوى السوق في تسيير الاقتصاد و الابتعاد عن أسلوب التوجيهات و القرارات المركزية(2). ومن بين أدوات الرقابة غير المباشرة، عمليات السوق المفتوحة، و هي عبارة عن تقنية شراء أو بيع السندات العامة أو الخاصة من طرف البنك المركزي (3)، بحيث تعتبر هذه الأداة إحدى الوسائل غير المباشرة التي تستخدمها البنوك المركزية سيما في الدول المتقدمة، للتأثير على حجم نشاط البنوك التجارية ، كما قد يعتمد البنك المركزي على نظام الودائع المصرفية أي التأمين على ودائع الجمهور من خطر عدم الوفاء بها خاصة الودائع تحت الطلب أو الودائع لأجل التي حان استحقاقها، وعليه فضمان الودائع هي طريقة لحماية المودعين في حالة إفلاس البنوك أو توقفها عن الدفع أو عدم توافرها على السيولة اللازمة لتنفيذ أوامر الزبائن، وهذا سيزيد حتما في الإقبال على الائتمان .و تجدر الإشارة إلى أنه هناك عدة أدوات في هذا المجال، إلا أننا لا ندخل في التفاصيل ، ذلك أن الذي يهمنا في هذا الإطار أن منح الائتمان المصرفي مقيد بسياسة تفرضها الدولة ، وذلك من أجل ضمان استقرار سعر الصرف، و مستوى الأسعار العام، و بصفة عامة استقرار سوق النقد.

---

(1)- ضويفي محمد ، علاقة البنك المركزي بالبنوك التجارية، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال،كلية الحقوق بن عكنون،1999،ص127.

(2)- أسامة محمد الفولي و مجدي محمد شهاب، مرجع سابق،ص 216،213.

(3)-Lexique :Revue Média banc n° 27Dec 1996/Jan 1997 ,p12.

مما سبق يتضح أن فكرة الائتمان من الوجهة الاقتصادية، ليست إلا القوة الجاذبة نحو رؤوس الأموال المملوكة للغير ، و ذلك على أساس إمكانية استردادها ، بالإضافة إلى المقابل الدوري لاستعمالها، و أن القانون يقوم بما يتضمن من تنظيمات و جزاءات بتعضيد اتجاه رؤوس الأموال نحو الذين لهم حاجة إليها، و لديهم القدرة على استثمارها مع ضمان استردادها.

المطلب الثاني :تنوع وسائل الائتمان بسبب الحاجة الماسة إليه

إن تحقيق الائتمان يتم عن طريق وسائل قانونية ، هذه الأخيرة هي عبارة عن أنظمة منها ما يهدف إلى إنشاء الائتمان و منها ما يهدف إلى تحقيق الحماية له . ذلك أن قيام الائتمان على عنصر الثقة ، يؤدي إلى البحث عن وسائل تدعم هذه الثقة ، كما أن قيامه على عنصر الأجل ، يجعل من العلاقة الائتمانية محفوفة بمخاطر عدم تنفيذ الالتزام من طرف المدين. الأمر الذي يطرح التساؤل حول طبيعة العلاقة بين وسائل الإنشاء و وسائل الضمان ، هل هي علاقة تكامل ضروري وحتمي ، أم أنه يكفي إنشاء الائتمان بموجب أنظمة قانونية ، والاكتفاء بالالتزامات العادية التي ترتبها هذه الأخيرة ؟

للإجابة على هذا التساؤل نتطرق لتنوع وسائل الإنشاء(الفرع الأول) و مدى الارتباط بين الائتمان ووسائل الضمان (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تنوع وسائل الإنشاء.

لقد عالج المشرع وسائل إنشاء الائتمان ضمن البيع والقرض، و أعطاها أوصافا مختلفة ، فتارة يجعلها معلقة على شرط واقف وتارة أخرى مضافة إلى أجل، فهل تستقيم هذه الأوصاف أم أن غاية المشرع هي جعل صاحب الحق يحتفظ بالملكية كوسيلة لضمان تنفيذ الالتزام ؟

نتناول الإجابة على هذا التساؤل بدراسة عقد البيع كوسيلة إنشاء (أولا) و من ثم ندرس عقد القرض كوسيلة أخرى (ثانيا) :

أولا : البيع وما في حكمه.

إن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية ، حيث يؤدي إلى نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري مقابل ثمن محدد ، والأصل أن عقد البيع فوري التنفيذ ، حيث يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية و دفع الثمن بمجرد إبرام العقد . إلا أن حاجة المعاملات قد تفرض أحيانا إرجاء الوفاء بكل أو بعض الالتزامات ، وهذا ما يجعل من عقد البيع ذو طبيعة ائتمانية ، وقد تطور هذا النوع من البيوع ، تطورا ملحوظا في العصر الحديث و ازدادت أهميته على كل من الصعيد الاقتصادي و القانوني ، حيث احتل مكانة بارزة في معاملات الأفراد و المؤسسات سواء في مجال الإنتاج أو في مجال الاستهلاك ، فقد أدى تداخل العلاقات الاقتصادية و ثقل حجمها النقدي إلى ازدهار فكرة الائتمان كوسيلة لمواجهة العجز المؤقت عن الوفاء بالالتزام، لذا تزايد اهتمام التشريعات الحديثة بتنظيم هذا النوع من البيوع الذي أسفر العمل به عن تطبيقات و صور عديدة أهمها:

أ ـ البيع المعلق فيه نقل الملكية على شرط واقف:

من الصور الواردة لهذا النوع من البيوع ما ورد في المادة 363 من القانون المدني الجزائري بنصها :

(إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم التسليم ، فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه ، وفقا للفقرة الثانية من المدة 224 ، وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع ، تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدين للبيع صفة الإيجار)

من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع حاول إحاطة البائع بمجموعة من الضمانات ، إذا كان تنفيذ التزام المشتري بدفع الثمن مؤجلا ، ويتعلق الأمر أساسا هنا بشرط احتفاظ البائع بملكية المبيع إلى غاية الوفاء بالثمن ، وقد أثار تحديد طبيعة هذا الشرط خلافا حادا بين الفقه ، خاصة و أن هذه المادة يكتنفها نوعا من اللبس والغموض ، إلا أننا لا ندخل في هذا الجدل ، لأن دراسة هذا الشرط ستكون بالتفصيل

ضمن الفصل الثاني ، ذلك أن الذي يهمنا في هذا المقام هو مدى اعتبار هذا النوع من البيوع كوسيلة لخلق الائتمان .

لقد نظم المشرع في المادة المشار إليها أعلاه ، صورة لإحدى وسائل إنشاء الائتمان ، وهو البيع المؤجل فيه دفع الثمن ، حيث أن عنصر الائتمان هنا يظهر من خلال الثقة التي يمنحها البائع للمشتري ، إذ أن هذا الأخير رغم أنه لم ينفذ إحدى التزاماته ـ دفع الثمن ـ إلا أنه قد يحصل على المبيع (... ولو تم التسليم) إلا أن هذا لا يعني انتقال الملكية إلى المشتري ، ذلك أن البائع يظل مالكا للمبيع إلى حين وفاء المشتري ، أي أن ملكية المشتري معلقة على شرط واقف وهو دفع الثمن ، و مادام البيع معلق فيه نقل الملكية على شرط واقف، فان نقل الملكية من البائع إلى المشتري لا يتحقق إلا بتحقق هذا الشرط،أي بدفع الثمن من طرف المشتري، هذا ونشير إلى أنه بمجرد دفع الثمن كاملا يعتبر المشتري قد تملك الشيء المبيع من يوم البيع ، هذا وقد يتفق الأطراف على الشرط الجزائي المتمثل في استبقاء البائع لجزء من الثمن المدفوع في شكل أقساط كتعويض في حالة فسخ البيع بسبب عدم استفاء جميع الأقساط ، حتى و إن كان المشرع قد سمح للقاضي بأن يتدخل من أجل تخفيض التعويض ، في حالة ما إذا كان هناك إفراط وهذا حماية للطرف الضعيف . كما أن المادة363 أشارت إلى نوع هام من صور البيع الائتماني وهو البيع بالتقسيط و الذي لم يعرفه المشرع الجزائري ، غير أن بعض شراح القانون قد تعرضوا لتعريفه، فمنهم من يعرفه على أنه (البيع الذي يتفق فيه على أداء الثمن على أقساط دورية)(1) ، و هناك من قال بأنه (الذي يكون سداد الثمن فيه مجزأ على عدة أقساط على أن يكون جزء من هذه الأقساط لاحقا على تسلم المشتري للمبيع) (2) و من الفقهاء من عرفه على أنه (بيع عادي لكن أحد عناصره و هو الثمن لا يتم دفعه فورا بل على أقساط دورية) (3) ، من خلال هذه التعاريف نلاحظ أنها تتفق على أمران ، تأجيل دفع الثمن و تقسيم الثمن على

---

(1)- Mazeaud- Leçons de droit civil , 4 ème édition , T3 ,p 922.

(2) - إبراهيم دسوقي أبو الليل ، البيع بالتقسيط و البيوع الائتمانية الأخرى ، جامعة الكويت ، الطبعة الأولى 1984، ص 20 .

(3) - علي البارودي و محمد فريد العريني ، القانون التجاري ، العقود التجارية ، عمليات البنوك ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة 2000 .ص87.

أجزاء.

و نظرا لشيوع و أهمية البيع بالتقسيط على الصعيدين الاقتصادي والقانوني تحرص معظم الدول على تنظيمه بتشريعات خاصة ، ونأمل أن يساير المشرع الجزائري هذا الاتجاه نظرا للفراغ القانوني الكبير في هذا المجال ، حتى وان كانت المادة 363 من القانون المدني تشكل قاعدة عامة يمكن الأخذ بها في هذا المجال .

فبالرجوع إلى القانون المقارن - وعلى سبيل المثال- فإننا نجد أن المشرع المصري عند إصداره لقانون التجارة الجديد لسنة 1999 ، قد نظم البيع بالتقسيط ، وإن كان قد قصر تطبيقه على مؤسسات متخصصة و التي تمارس هذا النوع من البيوع كنشاط تجاري ، كما يقتصر التنظيم على البيع الوارد على المنقولات المادية دون العقارات و المنقولات المعنوية كالمحل التجاري . (1)

و قد تضمن القانون المذكور أحكاما، توفر حماية للمستهلك الذي يقبل على التعامل مع هذه المؤسسات المتخصصة، كما يضمن حق هذه الأخيرة من جهة أخرى و من هذه الأحكام :

- أنه لا يجوز فسخ البيع لعدم دفع المشتري أحد أقساط الثمن المتفق عليه إذا تبين أنه دفع 75 % من الثمن. و في حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التي قبضها، بعد استنزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع ، بالإضافة إلى التعويض عن التلف الذي لحقه بسبب الاستعمال غير العادي ، ويقع باطلا كل اتفاق على تحميل المشتري التزامات أشد من ذلك .

- لا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها، إلا بإذن مكتوب من البائع ، وكل تصرف يجريه المشتري بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذا في حق البائع ، إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف ، بعدم أداء الثمن بأكمله، و للبائع عند تصرف المشتري في المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها بغير إذن منه أن يطالب المشتري بأداء الأقساط الباقية فورا .

يعاقب المشتري عند مخالفة الحكم السابق بالحبس لمدة محددة قانونا و بغرامة أو بإحدى العقوبتين، وتأمر

---

(1)- محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص21 .

النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة، إذا تم الصلح أثناء تنفيذها و لو بعد صيرورة الحكم باتا (1).

في الحقيقة إن هذه الأحكام تقترب كثيرا من أحكام القرض الايجاري التي جاء بها المشرع الجزائري في الأمر 96 - 09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري ، الذي سنتطرق له لاحقا .

ب- البيع لأجل :

البيع بالأجل هو البيع الذي يتفق فيه المتعاقدان على تأجيل الوفاء بالثمن كاملا مدة معينة (2) و يشيع ذلك بين التجار ، فالمصنع يبيع منتجاته إلى تاجر الجملة بالأجل ، ويقوم هذا الأخير بتوزيع تلك البضاعة على تجار التجزئة بالأجل، على أن يسدد البائع بالتجزئة إلى بائع الجملة الثمن بعد بيع السلعة إلى المستهلكين، و يقوم تاجر الجملة بدوره بالوفاء بالثمن إلى المصنع . فلا شك إذا في أن هذا النوع من البيوع يحقق فائدة هامة للمتعاملين في النشاط الاقتصادي.

ج - البيع الايجاري :

نظمه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97 /35 المؤرخ في 14 يناير 1997 ، المحدد لشروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني و إيجارها و بيعها بالإيجار ، وشروط بيع الأملاك ذات الاستعمال التجاري و المهني وغيرها ، التي أنجزتها دواوين الترقية و التسيير العقاري بتمويل قابل للتسديد من حسابات الخزينة العامة أو بتمويل مضمون منها و المسلمة بعد شهر أكتوبر 1992 . و كذا المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23 أبريل 2001المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كيفيات ذلك.

فالبائع يفضل أحيانا إفراغ العلاقات التعاقدية التي تربطه بالمشتري لمدة محددة في صورة رابطة إيجارية أي أنه يتم إخفاء البيع في صورة عقد إيجار، ويسمى البيع إيجارا ، و هذا ما يطلق عليه في الفقه البيع الايجاري ، فيظهر البائع في هذا الاتفاق كالمؤجر و يبدو المشتري كالمستأجر ، يتفق الطرفان على انتقال

---

(1) - محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 41 .
(2) - اشرف عبد الرزاق ويح ، الوسيط في لبيع بالتقسيط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون طبعة ، ص 20 .
الثمن .

الشيء محل التعاقد إلى المستأجر (المشتري) مباشرة للانتفاع به ، ويحتفظ البائع بملكيته حتى يستوفي الثمن المؤجل أو المقسط كاملا ، و توصف الأقساط المستحقة بأنها أجرة و ليست ثمنا ، يتفق المتعاقدان على إنتقال ملكية العين إلى المستأجر تلقائيا بمجرد وفائه لكل الأقساط المحددة كثمن للمبيع ، و في هذا السياق تنص الفقرة الثالثة من المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 97 /35 المشار إليه أعلاه على (و خلال الفترة المتفق عليها يحتفظ ديوان الترقية و التسيير العقاري ، بصفته مالك العقار ، بكل حقوقه و التزاماته ، أما المستأجر المشتري فيحتفظ بكل الالتزامات المرتبطة بالمستأجرين لاسيما في مجال الأعباء المشتركة) .

و عندما يقبل المستأجر شروط البيع بالإيجار ، يلغى عقد الإيجار الذي يربطه بديوان الترقية و التسيير العقاري و يحرر عقد البيع بالإيجار (المادة 8 المرسوم التنفيذي رقم 97 /35) هذا ويلزم المستأجر المشتري بدفع المبلغ المستحق شهريا، و في حالة عدم دفع ستة استحقاقات شهرية متتالية ، و بعد إنذارين يلغى عقد الإيجار و تعتبر المبالغ المدفوعة إيجارات مسبقة (المادة 11المرسوم التنفيذي رقم 97 /35) .

د ـ البيع المؤجل التسليم :

الأصل في عقد البيع أن يتم التسليم بمجرد العقد ، إلا أنه يجوز للأطراف الاتفاق على تأجيل تسليم المبيع لفترة ما و لسبب معين، كسداد كل أو جزء من الثمن أو الوقت الكافي لإعداد و تجهيز المبيع ، فالبيع هنا يكون ائتمانيا بالنسبة للمشتري الذي يقوم بدفع الثمن دون استلام المبيع ، و لعل التطبيق الواضح لذلك هو بيع الأشياء المستقبلة فمن الجائز أن يرد البيع على شيء يوجد في المستقبل (2) ، و حتى يكون البيع صحيحا في هذه الحالة يجب أن يكون الشيء المتعاقد عليه موجودا وقت التعاقد أو قابلا للوجود مستقبلا .
و من أمثلة البيع المؤجل التسليم عقد تشييد السفن و بيع المباني تحت الإنشاء ، فالملكية في العقد المؤجل التسليم تنتقل عندما يكون جاهزا لتسليمه للمشتري ، مع إتمام شرط الشهر إذا كان المبيع عقارا تحت

---

(2) ـ تنص المادة 92 من القانون المدني (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا) .

التشييد .

من خلال التعرض لهذه الصور للبيع الائتماني نلاحظ أن هذه العقود تشكل عن حق وسيلة لخلق وإنشاء الائتمان ، بحيث نجد أن كل هذه العقود تقوم على عنصر الثقة الذي تتسم به العلاقة الائتمانية بين المتعاقدين ، إلا أن الأمر لا يقتصر عند هذا الحد ، وإنما نجد وسيلة أخرى لإنشاء الائتمان وهي القرض .

ثانيا : القرض و ما في حكمه

لقد أصبح القرض مصدرا هاما من مصادر تمويل الأشخاص ، أفرادا كانوا أو مؤسسات ، كما أن الأمر لم يعد مقتصرا على ائتمان المستهلكين (القرض الاستهلاكي) ، إذ أن الواقع العملي أظهر ما يعرف بالقروض التجارية ، الممنوحة غالبا إلى التجار من قبل مؤسسات ائتمانية ، وقد عرف المشرع الجزائري القرض ضمن المادة 450 من القانون المدني ، إلا أنه قصر تعريفه على القرض الاستهلاكي ، الأمر الذي يفرض دراسة الأنواع الأخرى من القروض . لذلك نقسم دراسة هذا الجزء الى قسمين ، نتناول في الأول تعريف القرض (أ) ، و في الثاني أنواع القرض (ب) .

أ- تعريف القرض :

يعرف القرض لغة بأنه (ما تعطيه غيرك من مال ، على أن يرده إليك بعد أجل معلوم، و القرض الحسن هو قرض بدون ربح أو فائدة تجارية ، قال الله تعالى « و اقرضوا الله قرضا حسنا » (1)).

كما يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية القرض على أنه اقتطاع جزء من مال المقرض ليسلمه إلى المقترض، و هو دفع مال أو أي شيء آخر مشمول بشرط أن يكون متماثلا أو يكون لمنفعة المقترض فقط (2) .

بينما يعطي رجال القانون القرض عدة تعار يف نذكر منها ، القرض هو العقد الذي يتسلم فيه أحد الأطراف المقترض من الطرف الآخر المقرض شيئا يحق له أن يستعمله و يتوجب عليه أن يرده (3)

---

(1) - على بن هادية ، بلحسن البليش و الجيلاني بن الحاج يحي ، القاموس الجديد للطلاب ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1991 .

(2) - علاء الدين خروفه ، عقد القرض في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، دراسة مقارنة ، مؤسسة نوفل ، لبنان ، 1982 ، ص 93 .

(3) – François collar Dutilleul et Philippe Delebeque, contrat civils et commerciaux , 4eme édition , Dalloz , paris , 1998,p 452 .

وهناك من يعرف القرض على أنه مبادلة مال حاضر ، نقود أو بضاعة بوعد وفاء أو تسديد أو دفع قادم ومعنى ذلك أن يتنازل أحد الطرفين للآخر عن مال على أمل استعادته منه فيما بعد [1] أما الأستاذ السنهوري يقول « عقد القرض يكون محله دائما مثليا ، وهذا في الغالب نقود ، فينقل المقرض إلى المقترض ملكية الشيء المقترض على أن يسترد منه مثله في نهاية القرض ، وذلك دون مقابل أو بمقابل هو الفائدة »

أما التقنين المدني الجزائري فنجده يعرف القرض من خلال المادة 450 على النحو التالي (قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم فيه المقرض بأن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة) .

نلاحظ أن المشرع في هذه المادة أعطى صورة بسيطة للقرض ، والتي تشكل تاريخيا الصورة التي ظهر بها عقد القرض ، في حين كما أشرنا سابقا فان النشاط الاقتصادي أبرز أنواعا من القروض ، والتي تختلف عن الصورة المشار إليها سابقا و التي تضمنها القانون المدني ، فلم يعد عقد القرض مقتصرا من حيث محله على نقود أو أشياء مثلية بل أصبح يتضمن حتى الالتزامات كالالتزام بالتوقيع (الضمان الاحتياطي ، الكفالة ...) ، وهذا ما تضمنته المادة 68 من قانون النقد والقرض .

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع حظر الفائدة في القروض بين الأفراد ، أما المؤسسات المالية ، فيمكنها فرض سعر فائدة محدد[2].

ب ـ أنواع القرض :

إن عقد القرض لم يعد يقتصر على صورة العقد الاستهلاكي البسيط ، ذلك أن الفقه أصبح يعتمد على معايير لتصنيف القرض ، وكل معيار يعتمد جانب معين ، لذا نحاول وضع بعض المعايير فقط دون

---

(1) ـ شاكر القزويني ، محاضرات في اقتصاد البنوك ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2000، ص 90 .

(2) ـ نلاحظ وجود تناقض بين أحكام المادة455 من القانون المدني التي تمنح الاختصاص في تحديد سعر الفائدة الذي يمكن للمؤسسات المالية اعتماده للوزير المكلف بالمالية من جهة والمادة الرابعة من النظام رقم 13/94 المؤرخ في 2 يونيو 1994 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات الصرفية،و التي تمنح للمؤسسات المالية الحرية في تحديد سعر الفائدة كأصل ، مع إمكانية تدخل بنك الجزائر في تحديد سقفها.

التطرق لجميع أنواع القرض :

1- تنوع القرض بحسب الغرض :

يمكن تقسيم القرض وفقا لهذا المعيار إلى قرض تجاري ، وقرض مدني ، فيكون القرض تجاريا عندما يقدمه أصحاب الأعمال لبعضهم البعض ، أو عندما تعقده مؤسسات القرض فيما بينها أو تمنحه لفئات أصحاب الأعمال كالتجار و المتعاملين في الترقية العقارية من أجل تمويل مشاريعهم الاستثمارية و يكون هذا النوع من القروض عادة قصير الأجل ، وتتخصص بعض البنوك في منحه لذا تسمى بالبنوك التجارية.

أما القرض المدني أو كما يسميه البعض القرض الاستهلاكي ، فهو ذلك القرض الذي يعقده الأفراد فيما بينهم أو بين مؤسسة مالية وفرد قصد تلبية حاجاتهم الخاصة كشراء سلع الاستهلاك أو الاستعمال بالتقسيط.

2- تنوع القرض بحسب الجهة المانحة له :

يتنوع القرض وفقا لهذا المعيار الذي يقوم على صفة المقرض ، فيكون قرضا عاديا إذا منحه شخص طبيعي لآخر ، ويكون مصرفيا (Un crédit bancaire) إذا منحه مصرف .

3 - تنوع القرض بحسب الضمانات :

يتنوع القرض الذي يمنح للمدين حسب الضمانات المتخذة فيه الى نوعين القرض الشخصي ، والقرض العيني .

فالقرض الشخصي هو القرض الذي يمنح للمدين على أساس الاعتبار الشخصي ، فهو يمنح على أساس الثقة التي يضعها الدائن في المدين و هنا المقرض قد يأخذ في الحسبان عند منحه للقرض على عناصر تتوفر في المقترض كالسمعة والأمانة ...

أما القرض العيني فهو القرض الذي يقوم على أساس الضمانات الممنوحة من المدين ، والتي قد تأخذ شكل ضمانات شخصية كالكفالة ، الضمان الاحتياطي ، أو شكل ضمانات عينية تنصب على عين معينة كالرهن الرسمي الرهن الحيازي و حقوق الامتياز .

في الواقع عرف نظام القرض تطورا هاما بسبب تنوع و إزدياد الحاجات الاقتصادية ، مما أبرز إلى الوجود نوعا من القروض الذي يقترب من أنظمة أخرى كالبيع والإيجار ،يطلق عليه في الفقه القرض الايجاري أو الإيجار التمويلي ، أو ما يعرف في التشريع الوطني بالاعتماد الايجاري، هو أحد الوسائل الحديثة لمنح الائتمان ، فهو وسيلة مستحدثة احتلت مكانة مرموقة في الأسواق المالية لإمداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والأدوات اللازمة (1) و هو عبارة عن عملية يقوم بموجبها بنك أو مؤسسة مالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا لذلك بوضع آلات ومعدات أو أية أصول مادية أخرى بحوزة مؤسسة مستعملة على سبيل الإيجار مع إمكانية التنازل عنها في نهاية الفترة المتعاقد عليها، ويتم التسديد على أقساط يتفق بشأنها تسمى ثمن الإيجار (2) .

إن التأجير التمويلي كما يسميه البعض يعد من عناصر دفع التنمية الاقتصادية لما يمثله من سبيل هام لتمويل استثمارات المشروعات ، فضلا عن اعتباره وسيلة جديدة لتمويل المشروعات التي تعاني من صعوبات مالية (3) .

و قد اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد، فهناك اتجاه يحبذ نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان، واتجاه آخر يرى أننا أمام إحدى صور البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية ، و هناك من يرى أننا أمام عقد إيجار مقترن بوعد بالبيع ملزم لجانب واحد هو الممول (4) ، و دون الدخول في ذلك الجدل إذ يهمنا التركيز على الطبيعة الائتمانية لهذا العقد ، حيث يحتفظ المالك بملكية الأشياء المؤجرة على سبيل الضمان(5) ، فالملكية تؤمن حق الممول في استرداد المبلغ الذي دفعه في تمويل عملية الحصول

---

(1) - نظمه المشرع الجزائري بموجب الأمر 96 - 09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري،الجريدة الرسمية عدد 3 المؤرخة في 14 يناير 1996 .

(2)- الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص 76.

(3) - هاني دويدار ، النظام القانوني للتأجير التمويلي ، مكتبة الإشعاع ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، 1998 ، ص 6،5.

(4) - محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان ، مرجع سابق ، ص 39 .

(5)- تنص المادة 19 من الأمر09/96 التعلق بالاعتماد الايجاري على ما يلي (يبقى المؤجر صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الاعتماد الايجاري إلى غاية تحقيق شراء المستأجر هذا الأصل ، في حالة ما إذا قرر هذا الأخير حق الخيار بالشراء عند انقضاء فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء .
يستفيد المؤجر كل الحقوق القانونية المرتبطة بحق الملكية ويقوم بكل الالتزامات القانونية الملقاة على عاتق صاحب الملكية وفقا للشروط والحدود الواردة في عقد الاعتماد الايجاري ، لاسيما تلك المنشئة للبنود التي تعفي صاحب الملكية من المسؤولية المدنية)

على الشيء محل التعاقد ، مع الإشارة إلى أنه عند انتهاء الإيجار يكون المقترض أمام خيار من ثلاثة ، تجديد عقد القرض الايجاري ، شراء الأصول واكتساب ملكيتها أو إنهاء العقد دون الشراء، و تعود الأصول إلى مالكها وهو المؤسسة المؤجرة .(1)

و لكن مهما تعددت أنواع القرض إلا أنها تسعى إلى تحقيق هدف واحد هو خلق الائتمان من خلال الثقة التي يضعها الدائن في المدين .

هذا ونشير إلى أن القروض تحقق فوائد هامة سواء كانت قروض مدنية كتلك المخصصة لبناء المساكن و التي عرفت انتشارا واسعا ، أو كانت تجارية تمنح من طرف البنوك لمزاولة النشاط التجاري .

و إذا كان خلق الائتمان يتم عن طريق البيع بصوره المتعددة أو عقد القرض بأنواعه المختلفة ، فان هذه الوسائل تحتاج إلى أنظمة قانونية تدعم الائتمان ، و هذا ما يعرف بوسائل الضمان .

الفرع الثاني الارتباط بين الائتمان وتنوع وسائل الضمان

مادام الائتمان يقوم على الثقة ، فان الدائن لا يمنح ائتمانه إلا للمدين الموثوق فيه ، وهذه الثقة في المدين قد تكون من خلال شخصه ، معاملاته ، أو ما يكون لديه من أموال أو ما يقدمه للدائن من ضمانات، إن فكرة الضمان فكرة حية و لذلك فهي متطورة ، وهذا التطور قد أدى إلى تنوع كبير في الوسائل و الأدوات المستعملة في سبيل تحقيق الوظيفة الاقتصادية المبتغاة من وراء الضمان ، بل إن الدائن يسعى دوما إلى الحصول على أكبر قدر ممكن من الضمانات ، هذه الرغبة الشديدة في الحصول على الضمان أدت بالبعض بالقول بعدم وجود الثقة الواجب توافرها في نطاق المعاملات (2)

---

(1) ـ سندرس ما تحققه الملكية من ضمان في عقد الاعتماد الايجاري بالتفصيل ، في الفصل الثاني من هذا البحث،لأن الذي يهمنا في هذا المقام هو إبراز الطبيعة الائتمانية لهذا العقد.

(2) – Y . Chartier , Rapport de synthèse , colloque de Deauville, sur l’évolution des sûretés, Rev , Jur , com , fev 1982, no 36, p 164 .

الأمر الذي يدفعنا لأن نتساءل عن مدى ارتباط فكرة الضمان بالائتمان ، إن وسائل الضمان يمكن ردها ـ مبدئيا ـ إلى طائفتين ، طائفة التأمينات الشخصية و العينية (أولا) و طائفة أخرى عبارة عن أنظمة لصيقة برابطة الالتزام و هي التي يطلق عليها بالمراكز القانونية المتميزة (ثانيا) .

أولا : أهمية التأمينات العينية والشخصية .

الفكرة في التأمينات أن يحصل الدائن على ضمان خاص يكفل له الوفاء بحقه رغم إعسار المدين ، و يتحقق هذا إذا تقدم شخص آخر بجانب المدين يضمن للدائن أن يوفيه حقه إذا عجز مدينه عن الوفاء ، ويكون التأمين في هذه الحالة شخصيا .

و يتحقق الضمان كذلك إذا خصص مال مملوك للمدين آو لغيره للوفاء بدين الدائن ، فيستوفي الدائن حقه من هذا المال قبل غيره من الدائنين ، و يتتبعه في أي يد يكون ، و التأمين في هذه الحالة يرد على مال معين فهو تامين عيني (1) ، و التأمينات على هذا النوع تحقق فائدة مزدوجة لكل من الدائن و المدين ، فالأول يضمن حقه قبل مدينه ، والثاني يحصل على ثقة الدائن فيه ، فبدون ثقة لن يحصل على ائتمان الغير .

فالتأمينات هي وسيلة تقدم الأمن و الأمان للدائن حتى يقنع بالانتظار إلى الأجل المحدد للوفاء ، وعليه هناك صلة وثيقة بين التأمينات و الائتمان فهي تساعد على تحققه (2) .

و التأمين قد يتحقق بوسيلة شخصية ، وهنا نكون أمام تأمين شخصي، إذ يسعى الدائن إلى ضمان تنفيذ الالتزام خارج ذمة المدين ، حيث يلتزم إزاءه شخص آخر بوفاء الالتزام عندما يتحقق إعسار المدين ، وتعتبر الكفالة إحدى أهم أنظمة التأمينات الشخصية (3) ، كما قد يتحقق التأمين بوسيلة عينية ، عن طريق تخصيص مال معين بالذات لضمان الوفاء بحق الدائن ، ويصبح للدائن على هذا المال حقا عينيا تبعيا يعطيه الحق في إستفاء دينه من ثمنه بأولوية على سائر الدائنين الآخرين ، ويكون للدائن إلى جانب

---

(1) ـ سمير عبد السيد تناغو،التأمينات الشخصية و العينية ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 ، ص 8 .

(2) ـ رمضان أبو السعود ، التأمينات الشخصية و العينية ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 1995 ، ص 18 .

(3)ـنظم المشرع الجزائري الكفالة في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني الالتزامات و العقود ، المواد من644 إلى 673 ن القانون المدني.

الضمان العام تأمين عيني خاص على عين معينة ، و يستطيع أن يتتبعها في أي يد تكون لاقتضاء حقه ، حتى ولو تصرف فيها المدين و انتقلت ملكيتها إلى غيره ، والتأمين العيني قد يكون في صورة رهن رسمي أو رهن حيازي أو في صورة اختصاص أو امتياز[1] .

ثانيا :أهمية المراكز القانونية المتميزة .

بالرجوع إلى نص المادة 188 من التقنين المدني و التي تنص (أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فان جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان) يمكن أن نستخلص ثلاثة مبادئ :

1- أن جميع أموال المدين تضمن الوفاء بديونه .

2- إن قاعدة المساواة هي التي تحكم التزاحم بين الدائنين .

3- إن حق التقدم هو الاستثناء على مبدأ المساواة ، ولا يمنح هذا الحق في التقدم إلا طبقا للقانون .

و لكن لم يحدد المشرع الجزائري أسباب التقدم صراحة في هذه المادة [2] و ذلك على خلاف المشرع الفرنسي ، حيث قضت المادة 2093 (أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه و أن الدائنين متساوين في هذا الضمان العام ، إلا من كان له منهم سببا قانونيا للتقدم) ثم جاء ت المادة 2094 من ذات التقنين لتحدد أسباب التقدم بقولها (و إن أسباب التقدم هي الرهون والامتيازات) ،هذه الصياغة جعلت بعض الفقه يعتقد أن أسباب التقدم لا يمكن أن تكون إلا رهنا أو امتيازا ، إلا أنه توجد أسباب أخرى يتقدم بها الدائن على غيره من دائني المدين و لا يصدق عليها وصف الرهن أو الامتياز، هذه الأسباب يطلق عليها المراكز القانونية المتميزة .

فالمشرع عندما يقرر الخروج على قاعدة المساواة و يقرر أفضلية لبعض الدائنين ، فان الوسيلة المستعملة في ذلك تكون إما الرهون الاتفاقية أو القضائية ، كما قد تكون الامتيازات ، ومع ذلك فهناك وسيلة أخرى

---

(1)- نظم المشرع الجزائري التأمينات العينية في الكتاب الرابع ،الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية من القانون المدني.
(2) - أسباب التقدم واردة في مواد أخرى .

يمنح بها القانون الدائن هذه الأفضلية دون أن يكون لهذا الدائن رهنا أو امتيازا ، و ذلك بأن يجعل له مركزا ممتازا قبل غيره من الدائنين (1) .

و من قبيل المراكز الممتازة ، المركز الممتاز الناشئ عن الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل، و مثال ذلك المستأجر من مالك مفلس ، فهو دائن المؤجر المفلس بعمل وهذا العمل هو تمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، فهذا الالتزام لا يدخل في التفليسة ، ولا يشاركه دائنو المفلس الآخرين في اقتسامه .

كما أن المقاصة القانونية تحقق أيضا مركزا قانونيا للدائن ، ذلك أنه إذا فرض وكان للمدين المعسر عدة دائنين ، فإنه إذا قام هؤلاء بالتنفيذ على أمواله ، لم يأخذ كل منهم حقه كاملا ، ولكن إذا أصبح دائن من أولائك مدينا للمدين المعسر بمبلغ يساوي حقه أو يزيد فان هذا الدائن سيحصل عن طريق المقاصة على كامل حقه مفضلا على غيره من دائني المدين المعسر . كما أن فسخ العقد قد يكون سببا لوجود مركزا ممتازا ، فإذا كان هناك بائع لم يحصل على الثمن المستحق له ، ولم تتوافر الشروط الواجب مراعاتها لإعمال حقه في الامتياز فانه يكون معرضا ـ إذا كان المشتري معسرا ـ لعدم الحصول على حقه كاملا ، ولكن بما له من حق فسخ البيع يستطيع هذا البائع أن يسترجع و يسترد الشيء المباع ، فلا يتعرض لخطر قاعدة المساواة بين الدائنين ، ولذلك يعد الفسخ أيضا من المراكز القانونية الممتازة .

كما تعد الدعوى المباشرة هي الأخرى من المراكز القانونية الممتازة التي تحقق للدائن عدم الخضوع لقاعدة المساواة و عدم التعرض لمخاطرها ، حيث يحصل الدائن المزود بها وحده على ثمرة سعيه إلى مدين المدين، متفاديا بذلك ما تفرضه قاعدة المساواة بين الدائنين من ضرورة الخضوع لقاعدة قسمة الغرماء ، عند عدم كفاية أموال المدين لوفاء حقوق الدائنين(2) .

هذه بعض المراكز القانونية الممتازة ، والتي أوردتها على سبيل المثال فقط (3) و لكن مهما تعددت فإنها

---

(1) ـ رمضان أبو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية ، مرجع سابق ، ص 22 .

(2)- نظم المشرع الجزائري الدعوى المباشرة ضمن المواد 189 و ما يليها من القانون المدني.

(3) ـ إذ نجد المركز القانوني الممتاز الناشئ عن الوفاء مع الحلول ، المركز الممتاز لدائني السفينة ، المركز القانوني الممتاز للحامل على مقابل الوفاء في التعامل بالسفاتج ، كما نجد المركز القانوني الناشئ عن الحق في الحبس ... .

تحقق نوعا من الضمان للدائن ومن ثمة تقوية و تعزيز الائتمان إلى حد ما[1] .

إتضح من الدراسة السابقة أن فكرة الائتمان تجد أساسها في عدة فروع أهمها الاقتصاد والقانون ... و تتجسد في الواقع عن طريق وسائل وأنظمة تتأرجح بين البيع و القرض ، وأنه مهما تعددت تعاريف الائتمان إلا أنها تعطي مفهوما واحدا لهذا الموضوع و هو الثقة في المدين هذا الأخير الذي يحصل على قيمة معينة (نقود ، بضائع ، خدمات ...) مع الالتزام بردها خلال مدة معينة .

و أن هذه الثقة تزداد و تتدعم عن طريق وسائل ضمان تحتل نظرية التأمينات ضمنها المكانة الكبرى .

و مهما يكن فان الائتمان هو وسيلة هامة لتمويل مشروعات الإنتاج برؤوس الأموال اللازمة أو البضائع أو الخدمات ، وانه أداة جوهرية للتقدم الاقتصادي .

يبدو من تنوع وسائل الإنشاء و وسائل الضمان أن هناك نظرة مختلفة للائتمان وفقا لمخاطره، فبالنسبة لتنوع وسائل إنشائه قد يحبذ عقد البيع الايجاري عن الإيجار التمويلي أو العكس ، كما قد تفضل وسائل الضمان عن بعضها البعض ، إذ قد يحبذ الدائن التأمينات العينية لما تحققه من ضمان ، بل أن هذه الأخيرة تبدو غير كافية أحيانا و الدليل على ذلك أن البنوك تبحث دوما على وسائل أنجع لضمان الائتمان،مع الإشارة إلى أن هذه الحاجة للضمانات تختلف بدورها باختلاف وسائل إنشاء الائتمان .

---

(1)- سأتعرض لجانب آخر من هذه المراكز المتميزة للدائن عند دراسة جدوى هذه الضمانات في الفصل الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني:فعالية وسائل الضمان التقليدية في حماية الائتمان

إن تزايد أهمية الائتمان في العصر الحديث و اتساع نطاقه ، أدى إلى الإقبال الشديد على الضمانات ، بل تنوع الضمانات بمناسبة عملية ائتمانية محددة ، بل أن الحاجة الماسة للائتمان قد تفرض تجمع أكثر من ضمان بمناسبة عملية واحدة ، وكل ذلك سعيا لبعث الثقة و تعزيز المسؤولية التعاقدية .

هذا السباق إلى الضمانات له دلالة خطيرة ، و هي وجود أعراض مرضية معينة ، فالبحث عن ضمان فعال معناه البحث عن علاج لهذه الأعراض ، هذه الأعراض تكشف عن الضعف الذي يعتري وسائل الضمان التقليدية في حماية الائتمان .

لإبراز هذا الضعف يجب دراسة جدوى الضمان الذي تحققه مختلف الوسائل والأدوات في هذا المجال .

وتجدر الإشارة بادئ ذي بدء إلى أننا لن ندرس جميع الضمانات نظرا لاتساعها بل نحاول إلقاء الضوء على جانب منها فقط (1)

المطلب الأول:جدوى الضمان الذي تحققه المراكز المتميزة للدائن

لقد ضمن المشرع من خلال نص المادة 188 من القانون المدني حدا أدني للضمان من خلال قاعدة

(1) ـ فكرة الضمان هي فكرة واسعة تشمل عدة أنظمة ، إذ نجد منها قواعد لصيقة برابطة الالتزام كالدفع بعدم التنفيذ،الحق في الفسخ ،كما تشمل فكرة التأمين كالتأمينات العينية والشخصية.

(جميع أموال المدين تضمن الوفاء بديونه) أو ما يعرف بالضمان العام ، إلا أن الواقع أثبت عدم كفاية هذا الأخير في حماية الدائنين .

بل إن وسائل حماية الضمان العام في حد ذاتها (الدعوى غير المباشرة ، الدعوى البوليصية ، دعوى الصورية) تقف عاجزة عن حماية ضمان الدائن من تصرف المدين في أمواله غشا بدائنيه ، لأن شروط ممارسة هذه الدعاوى كثيرة ومعقدة ، وصعبة الإثبات ، خاصة فيما يتعلق بإثبات التواطؤ أو الغش أو الصورية (1)، أضف إلى ذلك أن ما ينتج عن ممارسة هذه الدعاوى لا يتأثر به الدائن الذي باشرها ، بل يتساوى فيه جميع الدائنين ، مما يعرضه الى الدخول معهم في قسمة غرماء ، ولا يحصل بالتالي إلا على جزء من حقه (2) .

أمام هذا القصور الذي يعتري الضمان العام للدائن ، فان المشرع أحيانا يضع الدائن العادي في مركز متميز يمكنه من استفاء حقه دون مزاحمة الدائنين الآخرين له ، هذا المركز لا يقصد به تحقيق ضمانة خاصة للدائن و لا يكسبه صفة الدائن الممتاز ، بل هو حالة فعلية يوجد فيها مصادفة ، و هذا ما يطلق عليه المراكز القانونية المتميزة لبعض الدائنين ، إلا أن الأمر لا يقتصر عند هذا الحد ، بل إن أطراف العلاقة الائتمانية قد يلجؤون إلى الاشتراطات التعاقدية لتحقيق ضمان تنفيذ الالتزام ، وهو و هو ما يطلق عليه بالمراكز الاتفاقية المتميزة. يتضح أن الضمان قد يتحقق عن طريق المراكز القانونية المتميزة فنكون بصدد ضمانات قانونية ، كما قد يتحقق عن طريق المراكز الاتفاقية و التي تعد ضمانات اتفاقية ، إلا أن التساؤل الذي يطرح هل هذه الضمانات قادرة على تغطية عجز الضمان العام ووسائله عن حماية ائتمان الدائن ؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب دراسة جدوى الضمان الذي تحققه المراكز القانونية المتميزة (الفرع الأول) و كذا الذي تحققه المراكز الاتفاقية (الفرع الثاني) :

---

(1)- انظر المادة 189 وما يليها من القانون المدني.
(2) - إن ما يهمنا في هذا المقام هو إبراز العجز الذي يعتري الضمان العام فقط.

الفرع الأول : جدوى الضمان الذي تحققه المراكز القانونية المتميزة

عندما يحين وقت التنفيذ على أموال المدين ، فالأصل هو المساواة بين الدائنين ، فلا يمكن الخروج على هذه القاعدة و تقرير أفضلية لدائن دون غيره من الدائنين ، إلا أن المشرع استثناء يقرر الخروج عن قاعدة المساواة و يقرر أفضلية لبعض الدائنين ، من ضمن الأوضاع التي يمنح فيها القانون الدائن هذه الأفضلية وجوده في مراكز متميزة ، هذه الأخيرة ما يميزها أنها ليست مقصودة في ذاتها لتحقيق ضمان معين للدائن إذ أن هذا الأخير يتواجد فيها مصادفة (1) .

فهذه المراكز القانونية المتميزة ، تميز الدائن العادي عن غيره من الدائنين العاديين بالرغم من عدم تمتعه بأي نوع من التأمينات العينية ، كما أن ما يميزها أنها لم تنشأ نتيجة تدبير ، أو احتياط من جانب الدائن أو نتيجة عمل إرادي ، كأن يسعى الدائن إليها عن طريق إبرام عقد أو اتفاق ، كما أنها لا تخضع لأي من إجراءات الشهر أو العلانية (2) .

إن هذه المراكز القانونية المتميزة في الحقيقة متعددة ، فقد تنشأ عن المقاصة القانونية ، الحق في الحبس ، حق الفسخ ، الوفاء مع الحلول ... ، والتساؤل الذي يطرح في هذا المجال مامدى فعالية الضمان الذي تحققه هذه المراكز القانونية ؟

نظرا لتعدد هذه المراكز القانونية و اتساعها ،فإننا سوف نقصر دراستنا على مركزين فقط لارتباطهما الوثيق بموضوعنا ، وهما الحق في الحبس (أولا) و حق الفسخ (ثانيا) :

أولا: فعالية المركز القانوني الناشئ عن الحق في الحبس

الحق في الحبس هو الحق المعترف به ، في بعض الحالات لأحد الدائنين الذي يلتزم بأداء شيء معين في حوزته بأن يمتنع عن رده حتى يتم الوفاء بحق نشأ له بمناسبة التزامه و مرتبط به (3) .

---

(1)-Mazeaud, - Leçons de droit civil ,T3,Vol1,N110 .

(2) - نبيل إبراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 ، ص20 ، 21 .

(3) - نبيل إبراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مرجع سابق ، ص 41 .

إذ يستطيع الدائن أن يحبس المال أو الشيء الموجود تحت يده للمدين حتى يستوفي حقه المرتبط بهذا الشيء ، فهو ضمان خاص أعطاه القانون لكل دائن يكون مدينا في ذات الوقت لمدينه ، وعليه يفترض الحق في الحبس أن هناك شخصين أحدهما يحوز شيئا عليه أداؤه للآخر ، وله في نفس الوقت حق عليه مرتبط بالتزامه هذا ، فيكون له أن يحبس الشيء الذي يلتزم بأدائه حتى يستوفي حقه ، مثال ذلك حبس البائع الشيء المبيع حتى يستوفي الثمن ، وفي ذلك تنص المادة 390 قانون مدني (إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ، ولو قدم له المشتري رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد البيع، يجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع و لو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقا لمقتضيات المادة 211).

يقرر النص أحقية البائع في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن المستحق الأداء ، و يعد هذا الحق مجرد تطبيق للقواعد العامة في العقود الملزمة لجانبين ، حيث يقتضي مبدأ حسن النية أحقية المتعاقد في الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الأخر بتنفيذ الالتزام المقابل .

هذا ويستخلص من نص المادة أن الحق في الحبس مقرر في حالتين :

1 ـ أن يكون الثمن حال الأداء .

2 ـ أو أن يكون مؤجلا لكن المشتري فقد الحق في الأجل طبقا لمقتضيات المادة 211 . (1)

و لكن التساؤل الذي يطرح ، هل يعد الحق في الحبس وسيلة فعالة لضمان حق البائع في الثمن ؟ .

في الحقيقة إن هذا الحق لا يحقق الغاية المذكورة ذلك أن مجال ممارسة هذا الحق ـ الحق في الحبس ـ هو البيع المنجز ، إذ أن هذا الحق يتقرر في حالة ما إذا كان دفع الثمن واجبا وقت تسليم المبيع ، أو في حالة استحقاق الثمن قبل حلول موعد التسليم ، حيث يجوز للبائع الامتناع عن تسليم المبيع بالمقابل لتقاعس المشتري عن دفع الثمن الواجب الأداء ، وبناء عليه ينعدم دور الحق في الحبس في البيع الائتماني ، الذي يكون فيه دفع الثمن مؤجلا إلى وقت لاحق على موعد تسليم المبيع ، وهذا هو الفرض موضوع البحث ،

---

(1) ـ انظر لحسن بن الشيخ اث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، دار هومة ، 2005 ، ص 507 .

وعليه نستطيع أن نقرر عدم إمكانية البائع في حبس المبيع في البيع المؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط (1)

و من جهة أخرى نلاحظ أن الحق بالحبس يفترض لممارسته وجود المبيع بيد البائع ، بينما نلاحظ أنه في البيع بالتقسيط ، غالبا ما يتم تسليم البائع المبيع إلى المشتري دون أن يستوفي بعض أو كل الثمن .

و من ثم فهو يتعرض لمخاطر عدم الوفاء ، وعليه فان الحق في الحبس لا يجدي من أجل الحصول على الضمانة التي تؤمن البائع من إخلال المشتري بالتزامه ، ولا يستطيع البائع أن يحبس المبيع حتى ولو رجع إليه بطريق آخر ، كإعادة الآلة إلى البائع لإصلاحها (2) .

كما إن الحق في الحبس لا يمنع انتقال الملكية للمشتري ، ومن ثم يمكن لهذا الأخير التصرف في المبيع أو ترتيب حق عيني عليه كرهن أو ارتفاق ، كما أنه لا يثبت للبائع بموجب حق الحبس حق امتياز على المبيع(3) ، ومن ثم لا يستطيع التنفيذ عليه إلا كدائن عادي و من ثم يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين ، كما لا يمكن للدائن الحابس أن ينفذ على المبيع إذا تصرف فيه المشتري أثناء فترة الحبس ، لأن الشيء يكون قد خرج من ملك المدين ، بل ليس للدائن حتى تتبع الشيء ، ذلك أن الحق في الحبس لا يعطي إلا حق الامتناع عن تسليم المبيع حتى يقتضي حقه .

نخلص إلى أن الحابس يوجد من الناحية الواقعية في مركز متميز إذ يمكنه استفاء حقه ، إلا أن الأمر يقتضي توافر شروط ممارسة هذا الحق ، كما أنه يلقي على عاتق الحابس بعض الأعباء كالمحافظة على على العين وصيانتها (3) .

---

(1) - على الرغم من ذلك يمكن ممارسة الحق في الحبس في البيع المؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط ، وذلك في حالة سقوط الأجل المقرر للمشتري لدفع الثمن و ذلك طبقا للمادة 211 في الأحوال التالية :

ا - إذا صرح بإشهار إفلاسه طبقا لنصوص القانون التجاري .

ب - إذا أنقص المشتري بفعله إلى حد كبير التأمينات الخاصة المعطاة للبائع ، ولو كانت هذه التأمينات أعطيت لاحقا أو بمقتضى القانون ، ما لم يفضل البائع أن يطلب تكملة التامين .

ج - إذا لم يقدم المشتري للبائع التأمينات التي وعد بها في عقد البيع .

(2) - عبد الرزاق احمد السنهوري ، العقود التي تقع على الملكية ، ج4 ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2000 ، ص 404 .

(3)- تنص المادة 201 فقرة أولى من القانون المدني على ما يلي (مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه)

(3) - محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، دار الجامعة الجديدة ، 2007 ، ص 71 نقلا عن :

Calata N , Fransou , de la nature juridique du droit de retentions, R ,T,D , civ.

ثانيا: فعالية المركز القانوني الناشئ عن الحق في الفسخ

تطبيقا للقواعد العامة الواردة ضمن المواد من 119 إلى 122 قانون مدني ، يجوز للبائع أن يطالب فسخ العقد إذا لم يوف المشتري في الآجال بالتزامه بدفع الثمن [1] هذا و إن المشرع قد ميز بين حالة بيع العقار عن بيع المنقول ، ففي الأولى - حالة بيع العقار- إذا تخلف المشتري عن دفع ثمن العقار ، فان العقد لا ينفسخ بقوة القانون بل يجب على البائع أن يطالب الفسخ من القاضي ، ولهذا الأخير السلطة التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه ، إذ يجوز له أن يمنح أجلا للمشتري لتنفيذ التزامه بدفع الثمن ، كما يجوز للقاضي أن يرفض الحكم بالفسخ إذا كان الجزء غير المدفوع من الثمن قليل الأهمية بالنسبة للجزء المدفوع، و يجب على البائع قبل رفع دعواه للمطالبة بفسخ البيع أن يكون قد أعذر المشتري بدفع الثمن ، لكن بدون جدوى ، ويكون من حق البائع إضافة إلى الفسخ أن يطالب التعويض عن الضرر اللاحق به [2] .

و إذا فسخ العقد بحكم قضائي أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد،فعلى المشتري رد المبيع و على البائع أن يرد الجزء المدفوع من الثمن ، و إن استحال على المشتري رد المبيع لكونه تصرف فيه جاز للمحكمة أن تقضي بالتعويض [3]

أما إذا تعلق الأمر بحالة بيع المنقول فإننا نكون أمام حالة من حالات انفساخ العقد بقوة القانون و دون حاجة إلى حكم قضائي، و التي قررت لمصلحة البائع وحده ، و بالتالي ليس للمشتري أن يستفيد منها ولقد نصت عليها المادة 392 قانون مدني (باستثناء اتفاق مخالف في مادة بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اشترط أجل للوفاء بالثمن و تسلم المبيع انفسخ البيع لفائدة البائع بقوة القانون و دون إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل) وعليه نلاحظ لتطبيق هذا النص لابد من توافر الشروط التالية :

---

(1) - جاء في قرار المحكمة العليا في قضية رقم 223852 بين (م ع) و (م ع ق) قرار 24 -05 - 2000 م ق سنة 2001 عدد 1 ، 138 ، 139 ، 140 ، 141 ، 142 ، 143 ، 146 : من الثابت قانونا انه إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذراه أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك .

(2) - المادة 119 مدني .

(3)- المادة 122 مدني

1- أن يتعلق الأمر بمنقول .

2- أن يكون اجل تسليم المبيع و تسليم الثمن واحد .

3- أن لا يدفع المشتري ثمن البيع عند حلول الأجل .

فعند توافر تلك الشروط كان للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع، ويعتبر البيع مفسوخا بقوة القانون دون حاجة إلى صدور حكم قضائي، وباستطاعته التصرف في المبيع باستهلاكه أو بيعه لآخرين . وينطبق هذا النص بالخصوص في مجال بيع المحاصيل السريعة التلف مثل الأسماك، اللحوم و الخضر، لأن تأخر المشتري عن دفع الثمن في مثل هذه البيوع قد يؤدي إلى تلف تلك المحاصيل إذا غاب المشتري عن موعد التسليم والتسلم، و لقد أعفى القانون البائع من إنذار المشتري بدفع الثمن حتى يتمكن من التصرف في المبيع لمشترى آخر في وقت سريع تفاديا لتلف المبيع أو انخفاض سعره في السوق.

مع الإشارة بأن هذا الحق قرر لمصلحة البائع وحده فليس للمشتري أن يعتبر العقد مفسوخا إن امتنع البائع عن تسليمه المبيع في الأجل المتفق عليه بل عليه أن يطلب إما التنفيذ العيني أو فسخ العقد باستصدار حكم قضائي بذلك، كما أنه باستطاعته حبس الثمن والامتناع عن تنفيذ التزامه إلى غاية تسليم المبيع له من طرف البائع وهذا طبقا للقواعد العامة (1).

والسبب في جعل العقد ينفسخ بقوة القانون ودون تدخل المحاكم هو أن البائع حائز على المبيع، وان البيع لم ينفذ ، وعلى ذلك فان تدخل القاضي لا يغدو ضروريا لإرجاع الأمور إلى الحالة التي كانت عليها قبل البيع(2) .

ولكن إذا كان الحق في الفسخ يشكل ضمانا للبائع فإلى أي مدى يكون جدوى هذا الضمان ؟

إن الحق في الفسخ المقرر لصالح البائع في حالة عدم وفاء المشتري بالثمن لا يشكل ضمانه كافية لاستفتاء حقه في البيع الائتماني، ذلك أن الحكم بفسخ البيع يتطلب ثبوت إخلال المشتري بالتزامه بالوفاء

---

(1) - المادة123مدني.

(2)- لحسن بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في عقد البيع، مرجع سابق، ص 517 .

بالثمن كليا أو جزئيا،ونحن نعلم أن الإخلال يتعلق بالثمن المستحق الأداء دون الثمن المؤجل أو المقسط (1) كما أن جعل الحكم بالفسخ كأصل من اختصاص القاضي وحده (2) أي ضرورة عرض الأمر على المحكمة ليتبين القاضي مدى الإخلال بالالتزام (القاضي له سلطة تقديرية في الإجابة لطلب الفسخ) فإن ذلك يجعل هذا المركز القانوني المتميز للبائع يكتنفه التعقيد وزيادة التكاليف .

إن فسخ البيع يؤدي إلى محو العقد وإزالته بأثر رجعي. إلا أنه يصعب إعمال هذا الأثر نظرا لتعارض ذلك مع التصرفات التي يكون المشتري قد أجراها على المبيع ذلك أن ملكية المبيع تنتقل في الأصل إلى المشتري بمجرد التعاقد، إذ يصبح من حقه التصرف فيه ماديا كأن يقوم باستهلاكه أو تغيير حالته كتفصيل القماش، كما قد يتصرف المشتري في المبيع تصرفا قانونيا قبل أن يتقرر الفسخ، فإذا كان المبيع منقولا وتسلمه المتصرف إليه بحسن نية كان من حقه التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ولا يتأثر حقه بالفسخ ولن يتمكن البائع من استرداد المبيع ولا يكون أمامه سوى التعويض، أما إذا كان المبيع عقارا وتصرف فيه المشتري فإن المتصرف إليه حسن النية يحتج بحقه قبل البائع الأصلي طالما كان قد سجل عقده قبل شهر دعوى الفسخ.

هذا وإن حق البائع في طلب الفسخ يسقط في حالة الحكم بشهر إفلاس المشتري إذ لا يكون أمام البائع سوى الدخول في التفليسة بالثمن، حيث يخضع لقسمة الغرماء كأصل عام.

وبصفة عامة فإن نظام الفسخ لا يتفق مع طبيعة البيع الائتماني وغايته، فالبائع يرمي إلى تنفيذ العقد لا انحلاله تحقيقا لرواج نشاطه الاقتصادي، ومن ثم فإنه يحرص ما أمكن على استفاء الثمن دون استرداد المبيع. وعليه نستطيع أن نقر أن الفسخ هو فعلا يشكل سلاحا تهديديا لحمل المشتري على السداد إلا أن ذلك متوقف على رغبته في الاحتفاظ بالمبيع، كما أن ممارسة هذا الحق تتميز بالتعقيد خاصة إذا احتاج

---

(1)- حتى وإن كان البيع بالتقسيط يتضمن غالبا شرطا مؤداه حلول باقي الأقساط إذا تخلف المشتري عن دفع قسط واحد أو اثنين حسب الاتفاق ولما يتخلف المشتري بعد مطالبة البائع دفع كل الأقساط جاز له المطالبة بفسخ البيع واسترداد المبيع.

(2)- حتى وان كان من حق الأطراف تضمين عقدهم شرطا صريحا بموجبه يفسخ العقد بمجرد الإخلال بالالتزام و حيث أن هذا الشرط يسلب المحكمة كل سلطة في صدد الفسخ متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له، إلا أن ذلك منوط بأن تكون صياغة ذلك الشرط واضحة ولا تثير أي لبس حول مضمونه ومداه.

الأمر إلى استصدار حكم قضائي كما بينا، الأمر الذي يبرز ضعف هذا الضمان مما يفرض ضرورة البحث عن وسائل أخرى .

الفرع الثاني: جدوى الضمان الذي تحققه المراكز العقدية

يمكن للبائع أن يحصل بالاتفاق على ضمانات خاصة إلى جانب الضمانات القانونية، و هذا من اجل تأمين حقه في الحصول على الثمن المؤجل أو المتبقى.

و تأخذ هذه الضمانات الاتفاقية العديد من الصور أبرزها الشرط المانع من التصرف و الشرط الجزائي(1)

و إذا كان من الأمور التي لا يختلف فيها إثنان في أن هذه الوسائل تدعم ضمان الدائن و بالتالي حماية الائتمان إلا أن الواقع أبرز ضعف هذه الأدوات .

لبيان قصور هذه الضمانات الاتفاقية نقوم بدراسة جدوى كل من الشرط المانع من التصرف (أولا) وكذا جدوى الشرط الجزائي(ثانيا)

أولا: فعالية الشرط المانع من التصرف

يمكن أن يشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن، و هذا ما يعرف بالشرط المانع من التصرف (La clause d' inaliénabilité) و هو قيد إتفاقي هام يرد على حق الملكية، أوردته اغلب التقنينات الحديثة، بالمقابل من ذلك فإن القانون المدني الجزائري اغفل التعرض لهذا الشرط متأثرا في ذلك بالقانون المدني الفرنسي القديم، الذي ورد بدوره خاليا منه نظرا لما أظهرته الثورة الفرنسية من عداءها للقيود التي تحد من حرية تداول الأموال .

غير أن القضاء الفرنسي متأثرا بتطور الظروف و مستجيبا للحاجات العملية قد إنتهى في النصف الثاني من القرن الماضي إلى قبول هذا الشرط بعد أن كان يرفضه، و اشترط لصحته أن يكون الباعث

---

(1)- نجد كذالك التأمينات الشخصية و العينية، إلا أننا نستبعد دراستها ضمن هذا الفرع لأننا سندرس فعالية الضمان الذي تحققه بشكل مفصل لاحقا.

مشروعا ولمدة معقولة(1)

أما المشرع المصري فأمام استقرار القضاء الفرنسي على إجازة الشروط المانعة من التصرف فلم يكن له سوى الاستجابة لهذا الاستقرار القضائي و تقنين ما جرى عليه القضاء و بالشروط التي وضعها، فنظم أحكام الشرط المانع من التصرف ضمن نصين إذ قضت المادة 823 (إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة و يكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير و المدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير) (2)

أما النص الثاني فهو نص المادة 824 مدني التي حدد فيها المشرع جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف حيث قضى بأنه (إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلا)(3)يستخلص من هذه المواد أنه لصحة هذا الشرط لابد من توافر شروط ثلاثة :

1-أن يرد في عقد أو وصية .

2- أن يكون الباعث على اشتراطه مشروعا .

3-أن تكون مدة المنع معقولة و ليست أبدية.

---

(1)- علي علي سليمان،ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري،الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، سنة النشر1986 ،ص36.

(2)- تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد نص على أن الشرط المانع من التصرف قد يرد في المعاوضات والتبرعات على حد سواء وهو بذلك تفادى ما أخذ على المشرع الفرنسي من قصره النص على ورود ذلك الشرط في التبرعات دون المعاوضات .

(3)-أشرف جابر سيد، مدى الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائني المتصرف إليه، دار النهضة العربية، 2006، ص 19.

وقد اعتبرت المادة المشار إليها أنفا أن المدة تكون معقولة إذا كانت لمدى حياة المتصرف أو لمدى حياة المتصرف لصالحه أو لمدى حياة الغير (1) . إن خلو التقنين المدني الجزائري من نصوص مماثلة لا يعني على حد تعبير الأستاذ علي علي سليمان حرمان المتعاقدين من إمكانية إدراج هذا الشرط و الدليل على ذلك أن المرسوم الصادر بتاريخ 13 -04-1976 المتعلق بإنشاء السجل العقاري قد ذكر شرط عدم جواز التصرف في المادة 87 منه، و عليه فلا مانع من إدراج هذا الشرط. إن هذا الشرط يمكن أن يلعب دورا هاما في حفظ و ضمان حق البائع في الثمن في البيع الائتماني نظرا لأن يد المشتري تظل مغلولة عن التصرف في العين حتى يتم الوفاء بكل الثمن أي أن المشتري يفقد مؤقتا أهم عنصر من عناصر حق الملكية و يؤدي ذلك إلى حث المشتري على الوفاء بالثمن كي يتمكن من ممارسة مكانات حق الملكية كاملة . هذا و إن هذا الشرط لا يمنع وجوده في العقد المتعاقد من طلب فسخ هذا العقد استنادا إلى الأحكام العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين، ومع ذلك يعاب على الشرط المانع من التصرف أنه لا يقدم ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له استيفاء حقه في الثمن فهو يظل مهددا بمخاطر إعسار المشتري ومزاحمة باقي الدائنين في حالة التنفيذ على أمواله بصفة عامة وعلى ثمن المبيع خاصة ،إلا إذا تمسك بحق امتيازه كبائع على هذا الثمن مما يبرز ضعف هذا الضمان .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الواقع العملي أبرز بشكل واضح ضعف هذا الضمان من خلال اعتبار

الحد من حرية التصرف لا يكون إلا بموجب القانون أو عن طريق القضاء ، و هذا ما جاء في مذكرة

صادرة عن مديرية عمليات أملاك الدولة لولاية المدية حيث جاء من طرف مديرها ، و بصريح

---

(1)- اعتبرت بعض المحاكم الفرنسية أن المدة المعقولة هي 10 سنوات واعتبرت بعض المحاكم الأخرى وعلى رأسها المحكمة العليا أن مدة 30 سنة مدة معقولة وان مدة حياة الإنسان مدة غير معقولة ثم انتهى القضاء هناك إلى ترك الأمر لقضاة الموضوع .

العبارة أن هذا الشرط ـ شرط المنع من التصرف ـ لا يستند إلى أي نص قانوني أو مندرج ضمن إطار تنظيمي معين (1).

وعليه لا يمكن تقييد المالك من التصرف في العين عن طريق مثل هذا الشرط ، مع الإشارة إلى أن سلطة التصرف تعد إحدى السلطات التي يخولها حق الملكية ، بل تعد أهمها.

إن القرار المشار إليه أعلاه يفرغ الشرط المانع من التصرف من كل قيمة قانونية الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول بحرمان الدائن من استعمال هذا الأسلوب لتدعيم ضمانه وحماية ائتمانه ، الأمر الذي يدفع حتما إلى البحث عن وسائل أخرى أكثر نجاعة .

ثانيا: فعالية الشرط الجزائي

يلجأ المتعاقدان في البيع الائتماني أحيانا إلى الشرط الجزائي كوسيلة تأمينية لضمان قيام المدين بتنفيذ التزامه،حيث يتم الاتفاق على مبلغ من المال يلتزم المدين بدفعه في حال الإخلال بالالتزام، وعليه فالشرط الجزائي هو مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدما التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة خطأ الطرف الآخر، فهو تقدير إتفاقي للتعويض يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل، حيث يتفق المتعاقدان مقدما على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو التأخير فيه، وتنص المادة 183من التقنين المدني(يجوز للمتعاقدان أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق،وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد176 إلى 181)

و إذا كان الشرط الجزائي في الأصل هو تقدير إتفاقي مقدم للتعويض إلا أن الأطراف يلجؤون إليه أحيانا كعقوبة مدنية أو كجزاء يهدف إلى حث المتعاقد على تنفيذ إلتزامه، بل إن الأطراف أحيانا

---

(1)ـ مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 26 – 03 – 2007 كرد عن تظلم ضد قرار المحافظ العقاري للبر واقية ، ولاية المدية، الرافض إشهار الوعد بالبيع المحرر من طرف الموثق لفائدة المتظلم و المتضمن قطعة أرض صالحة للبناء ، حيث أن قرار الرفض الصادر عن المحافظ العقاري إستند على أن العقد المشكل لأصل الملكية يتضمن شرطا وضعته الجهة البائعة (الوكالة العقارية) مفاده أن المشتري لا يستطيع إعادة بيع الحصة تحت أي شكل ، وهو الشرط الذي اعتبرته الجهة المتظلم لديها (المديرية العامة للأملاك الوطنية) غير قانوني لعدم استناده على أي نص قانوني .

يتفقون على مبلغ يفوق قيمة الضرر بهدف تشديد مسؤولية المدين فيقوم الشرط في هذه الحالة بدور التهديد المالي حيث يهدف إلى تحذير المدين من الإخلال بالتزامه .

إلا أن فعالية هذا الشرط تتضاءل أمام السلطة التي يتمتع بها القاضي في استبعاد تطبيقه أو تخفيضه حيث تقضي المادة 184 من القانون المدني (لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، و يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه). وقد طبق المشرع هذا المبدأ بصدد البيع بالتقسيط حيث تقضي المادة 363 مدني (إذا كان البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع ، فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة إذا ما وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط ، و مع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 224(1). و إذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع ...)

فالمدين قد يهمل الشرط الجزائي ، إذا كان واثقا من إمكانية المطالبة بتخفيض قيمة التعويض الذي يشكل الجانب الضاغط عليه ، خاصة وأن سلطة القاضي في هذا الصدد أمر يتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على استبعادها أو الحد منها .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الشرط الجزائي لا يق الدائن من مخاطر إفلاس أو إعسار المدين و تعرضه لمزاحمة سائر الدائنين (2) ، وعليه فإن الشرط الجزائي لا يحقق الضمان الكافي و الذي يسعى الدائن إلى الوصول إليه .

---

(1)- ورد خطا إذ الأصح هو المادة 184 و ليس المادة 224 حسب النص الفرنسي.

(2)- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان ، مرجع سابق ، ص 28 .

مما سبق يتضح أن المراكز المتميزة للدائن سواء القانونية منها أو الاتفاقية تبقى عاجزة عن حماية ائتمان الدائن، نظرا للعيوب التي تكتنف هذه الوسائل ، الأمر الذي يفرض البحث عن وسائل بديلة .

المطلب الثاني:فعالية الضمان الذي تحققه التأمينات

إن السباق الدائم نحو الضمان ، سوف يؤدي حتما إلى عدم توقف الدائن عند حد ضمان واحد، بل إن الحاجة للائتمان وضعف وسائل حمايته يفرض البحث عن أدوات ضمان أخرى ، و لا يختلف إثنان حول أهمية التأمين في هذا المجال ،فبدون تأمين لا يوجد ائتمان حقيقي ، و ما يميز التأمين هو أنه يضاف دائما إلى رابطة الالتزام ، كما أنه ينشأ من مصادر مختلفة (القانون أو الاتفاق أو القضاء)

إن صور التأمين عديدة فقد تكون عبارة عن تأمين عيني أو شخصي أو في شكل تأمين خاص (assurance).

إن فعالية التأمين العيني مثلا تظهر من خلال حق التتبع الذي يقف في وجه مخاطر التصرف و مخاطر إخفاء المال ، فهذا الحق يسمح بتتبع المال في أي يد يكون ، و هذا ما يجعل البنوك تعمل على أن تحصل على حق عيني ،كما أن التأمين الشخصي له دور لا يستهان به في هذا المجال ذلك أنه يسمح للدائن بأن يباشر حق الضمان بالنسبة لمدينين متعددين ، كما أن التأمين الخاص يحقق ضمانا هاما من خلال تغطية الأخطار المتعلقة بالإعسار خاصة.

ولكن التساؤل الذي يطرح هل هذه الوسائل قادرة على تحقيق الضمان و الحماية المنشودة ، والتي عجزت الوسائل الأخرى على تحقيقها؟

إن الإجابة على هذه التساؤل تقتضي منا دراسة دور التأمينات الشخصية و العينية من جهة (الفرع الأول) و فعالية التأمين على الدين (الفرع الثاني)

الفرع الأول :جدوى التأمينات الشخصية و العينية

إن قانون التأمينات يعتمد في تطوره على تطور القوانين الأخرى ، حيث نجد في صدارة هذه القوانين، قانون الالتزامات ، و إذا تعلق الأمر بتأمينات عينية فقانون الأموال و طرق التنفيذ ، و بما أن التأمينات تعمل على حماية الدائن ضد مخاطر إعسار الدائن ، فإنها ترتبط أكثر فأكثر بقانون الإفلاس و خاصة إذا تعلق الأمر بعلاقة تجارية ، و من هنا فإن التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن ،ماهر أثر التشريعات الحديثة على نظم التأمينات ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا دراسة تأثير تشريعات الإفلاس على نظم التأمينات ، باعتبار أن العلاقات التجارية أحدثت تغييرات جذرية في نظم الإفلاس مما أثر على نظم التأمينات (أولا) و من جهة أخرى نتناول دراسة أثر التشريعات الأخرى على فعالية التأمينات الشخصية و العينية (ثانيا)

أولا:أثر تشريعات الإفلاس على فعالية التأمينات الشخصية و العينية

لقد عرفت تشريعات الإفلاس عبر العالم معطيات جديدة، أدت إلى نزع الفعالية عن التأمينات العينية لدرجة أن بعض الفقهاء قد كتب في مقالة نشرت منذ سنوات عبارته الشهيرة {التأمينات المطاردة والائتمان المعطل}(les sûretés sont traquées et le crédit détraqué)(1).

فقبل تاريخ 1955 (2) لم يكن الدائنين المزودين بتأمينات عينية يتأثرون تقريبا بإفلاس مدينهم، لكن منذ صدور المرسوم المؤرخ في 20 مايو 1955، المتعلق بالإفلاس بفرنسا و حتى التعديل الحديث بقانون

(1)- نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، مرجع سابق،ص168، نقلا عن:
L Martin,sûretés traquées , Banque ,1955,p1138.

(2)- هذا التاريخ يمثل تاريخ صدور المرسوم المتعلق بالإفلاس بفرنسا.

25 جانفي 1985، نجد أن التأمينات العينية قد شهدت تراجعا مستمرا في حالة إفلاس المدين ، ذلك أن قواعد الإفلاس و ما ينجر عنها من أنظمة التسوية القضائية أو الودية ، لم يعد الهدف منها معاقبة المدين غير الأمين لعدم الوفاء للدائن، بل إن محاولة إنقاذ المؤسسات من الغلق وما ينجر عن ذلك من تسريح للعمال و بالتالي البطالة و التأثير سلبا على الاقتصاد الوطني ،فان الأمر يؤدي إلى التضحية بمصالح الدائنين ممتازين كانوا أو عاديين.

و باعتبار أن المشرع الجزائري قد تأثر تأثيرا واضحا بالتشريعات الفرنسية ، فإن السياسة التشريعية المنتهجة في هذا المجال لا تختلف كثيرا عن تلك التي اتبعها المشرع الفرنسي ، إذ أن المشرع الجزائري هو الآخر إعتمد نظام الصلح و سمح باستمرار التجارة أو الصناعة (بشروط خاصة) رغم توقف المدين عن دفع ديونه، و عدم حصول كل دائن على حقه كاملا، بل إن الدائن أصبح لا يعبر عن إرادته بشكل إنفرادي و إنما أصبح يخضع لرغبات جماعة الدائنين . هذا و إن المشرع نص صراحة في المادة 251 من القانون التجاري (لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين بالرهون الحيازية و الامتيازات التي سجلت بعد صدور الحكم الذي قضى بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس.

غير أن الخزينة العامة تبقى متمسكة بامتيازها على الديون التي كانت غير ملزمة بتسجيلها في تاريخ الحكم الذي قضى بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس و للديون المعروضة للتحصيل بعد ذلك التاريخ) إذ نلاحظ أن المشرع لم يفرق بين الدائن حسن النية أو سيء النية الذي قرر له المدين رهنا أو امتيازا دون أن يعلم بإفلاسه، فهنا المشرع يحمي جماعة الدائنين عن أصحاب الرهون والامتياز، و جماعة الدائنين قد تكون كلها عبارة عن دائنين عاديين،هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد أن الدائنين المرتهنين عقاريا أو ذوي الامتياز على العقار إذا لم يستوفوا حقوقهم من ثمن العقارات أن يشتركوا مع الدائنين العاديين بنسبة ما بقي مستحقا لهم حسب نص المادة 301 من القانون التجاري التي تنص (إذا أجري توزيع ثمن العقارات قبل توزيع ثمن الأموال المنقولة أو أجريا في وقت واحد كان للدائنين الممتازين أو المرتهنين عقاريا الذين لم يستوفوا حقوقهم من ثمن العقارات أن يشتركوا مع الدائنين العاديين بنسبة ما بقي مستحقا

لهم في الأموال الخاصة بجماعة الدائنين العاديين و يشترط مع ذلك أن تكون الديون قد تم قبولها طبقا للأوضاع المبينة في ما بعد) كما أن المادة 354 نصت صراحة على أن الدائنين المرتهنين عقاريا و الذين لم تسمح لهم مرتبتهم في توزيع ثمن العقارات، فلا يكون لهم إلا الاستيفاء الجزئي .

إن التضحية بحقوق الدائن الممتاز تجعله يفضل بل يقبل إجراء الصلح و استمرار التجارة أو الصناعة عسى أن يحصل على دينه في وقت لاحق. بعبارة أخرى فإنه يكون مرغما على قبول تأجيل الوفاء و هذه هي السياسة التي تتجه إليها جل التشريعات فالمشرع يركز على الهدف الاجتماعي للإجراءات الجماعية من بقاء المؤسسات والاحتفاظ بالعمل للعمال على حساب الوفاء بحقوق الدائنين حتى وإن كانوا ممتازين بل أبعد من ذلك فإننا نجد أنه وفي ظل التقنين الفرنسي المشار إليه أعلاه، لم يعد يوجد ما يسمى بجماعة الدائنين، فالدائنين أصبحوا يمثلون عن طريق شخص من الغير معين من قبل المحكمة، فلم تعد جماعة الدائنين تستشار عن مصير المؤسسة، بل يتم استدعاء كل دائن بصفة فردية لأخذ موافقته على الخصم أو المهلة المقترحة من جانب الإدارة .كما أن عدم اتفاقهم لم يعد له تأثير سواء كانوا دائنين عاديين أم أصحاب تأمينات عينية، فلم يعد هؤلاء إلا شهود لا حول لهم ولا قوة، في الوقت الذي يتم فيه حسم مصير المؤسسة كلها بعيدا عنهم(1) . كما أن القانون الفرنسي الجديد أصبح في صف الدائنين الذين يسمح تعاونهم باستمرار المؤسسة، أي الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد حكم افتتاح الإجراءات ، فهؤلاء الدائنين يحصلون على حقهم بالأولوية على كل الدائنين الآخرين أيا كانت صفتهم، أي سواء كانوا مزودين بتأمينات أو عاديين ، و ذلك باستثناء حقوق الأجراء، فالأفضل أن يكون الدائن دائنا لاحقا حتى ولو كان عاديا ، على أن يكون دائنا سابقا مزود بتامين عيني(2)

هذا وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أنه بدوره يفضل تسوية حقوق الأجراء على الدائنين حتى ولو كانوا ممتازين إذ تنص المادة 294 من القانون التجاري (يجب على وكيل التفليسة خلال عشرة أيام من

---

(1)- Vasseur , les garanties indirectes du banquier ,rapport présenté au colloque de Deauville,sur l' évolution des sûretés,Rev.Jur,com,numéro spécial, février,1982,no7.

(2)- نبيل إبراهيم سعد ،الضمانات الغير المسماة في القانون الخاص ، مرجع سابق، ص12.

الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية أن يؤدي الأجور و التعويضات والتوابع من كل نوع الناتجة بمناسبة عقود العمل و التي لازالت مستحقة للعمال المستخدمين مباشرة من طرف المدين ، وذلك بمجرد أمر صادر من القاضي المنتدب ، و ذلك رغم وجود أي دائن آخر و بشرط وحيد وهو وجود الأموال اللازمة لهذا الغرض) .

هذا و إن إجراءات الإفلاس قد تأخذ من الوقت ما لا يكون في صالح الدائن، إذ أنه من الممكن أن تأخذ الإجراءات زمنا طويلا، و الدائن ينتظر مدة طويلة آملا في الحصول على حقه، و قد يفاجأ بإقفال العمليات لمجرد عدم كفاية الأصول عن طريق تقرير من القاضي المنتدب .

و هنا لا يكون للدائن إلا مباشرة دعواه الشخصية، ليبدأ في مرحلة أخرى من الإجراءات قد تأخذ هي الأخرى من الوقت، مالا يستحبه الدائن، و في هذا الصدد تنص المادة 355 من القانون التجاري (إذا توقف في أي وقت من الأوقات سير عمليات التفليسة أو التسوية القضائية لعدم كفاية الأصول، يجوز للمحكمة بناء على تقرير من القاضي المنتدب أن تقضي بإقفال هذه العمليات، ولو كان هذا من تلقاء نفسها. ويعيد هذا الحكم لكل دائن حقه في مباشرة دعواه الشخصية ، وللدائن إذا كان دينه قد تم تحقيقه و قبوله، أن يحصل على السند التنفيذي اللازم .

ويكون وكيل التفليسة مسؤولا لمدة عامين من الحكم بشهر الإفلاس أو بالتسوية القضائية عن السندات التي يكون الدائنين قد سلموها له، و في حالة وجود حكم بإقفال التفليسة لعدم كفاية الأصول تخفض المهلة إلى عام واحد اعتبارا من تاريخ هذا الحكم)

ثانيا : مخاطرالتأمينات العينية و الشخصية

لا شك في أهمية التأمينات السابقة في ضمان حق الدائن ، إلا أن الحياة العملية كشفت أن التأمينات العينية و الشخصية قد أدت إلى زيادة تكلفة الائتمان، نتيجة اشتراط الرسمية و اتخاذ إجراءات الشهر والعلانية ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي ، إذ أن الرسمية تعتبر شرطا شكليا لانعقاد الرهن الرسمي و هو ما نصت عليه المادة 883 قانون مدني صراحة (لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي ....)

وعليه فإذا لم يحرر الرهن الرسمي في الشكل المطلوب، كان باطلا بطلانا مطلقا (1) . كما أن إجراءات حق الاختصاص تتميز بالتعقيد هي الأخرى، ذلك أن تقرير حق الاختصاص لا يكون إلا من طرف المحكمة . كما أن اشتراط الضامن لمقابل المخاطر التي يتحملها كما هو الشأن بالنسبة للتأمينات الشخصية، يزيد في تكلفة الائتمان .علاوة على ذلك فان بعض التأمينات قد تؤدي إلى عرقلة تداول الأموال، فمثلا يصعب بيع عقار مرهون رهنا رسميا أو منقول مرهون رهنا حيازيا .

هذا وأنه ليس من السهل دائما الحصول على تلك التأمينات، حيث يصعب على المدين غالبا تقديمها لعدم توافرها ، فقد لا يجد المدين كفيلا يكفله أو مالا يقدمه رهنا ، أضف إلى ذلك ما تنطوي عليه الضمانات السابقة من بعض المخاطر والعيوب ،فالتأمينات العينية قد تمتاز عليها حقوق أخرى، حتى و إن كانت لاحقة لها في النشوء ومن أهمها حقوق الامتياز العامة ، كما قد تسبقها رهون أو حقوق امتياز خاص ، طبقا لقاعدة الأسبقية في القيد . هذا وإن الرهن الحيازي يلقي على عاتق الدائن عدة التزامات تتعلق بحفظ و استغلال المال المرهون، و تتوقف جدوى الكفالة على مدى يسار الكفيل الذي قد يتعرض هو الآخر للإعسار ، هذا وتجدر الإشارة إلى أن تطهير العقار المرهون قد يضر بالدائن المرتهن و الدائنين أصحاب الحقوق الممتازة على العقار (2)، حيث أنه يجردهم من حقهم على الرغم منهم ، أو يجبرهم على استعمال حقهم في وقت لم يكن لهم إرادة في اختياره ، و ذلك أن الحائز يستطيع أن يباشر إجراءات التطهير دون انتظار لحلول آجال الديون ،كما يؤدي إلى التضحية بحقوق الدائن المرتهن و أصحاب الامتياز على العقار، خاصة إذا كان بنكا و تقرر لصالحه - بمقتضى الرهن- حق الحصول على فوائد لمدة معينة ،إذ أن تطهير العقار خلال هذه المدة يفقده حق الحصول على فوائد المدة التي أتفق عليها ذلك أن التطهير يترتب عليه تحرير العقار من هذه الحقوق المقيدة (3) وفي النهاية نجد أن بلوغ هذه التأمينات لغايتها غالبا ما يستغرق كثيرا من الوقت و النفقات نتيجة لإجراءات الحجز و التنفيذ والبيع بالمزاد .

---

(1) - الشكلية هنا هي ركن للانعقاد .
(2) - نظم المشرع التطهير من المادة 915الى المادة 921 من القانون المدني
(3) – انظر المادة 921 من القانون المدني.

لكل ذلك كان من الضروري البحث عن وسائل أخرى للائتمان .

الفرع الثاني: دور التأمين(l'assurance) في حماية الائتمان

نظرا لعجز الضمان العام و وسائله عن حماية ائتمان الدائن، كانت الحاجة إلى وسيلة أخرى تؤمن الدائن من خطر إعسار المدين و تحميه من غشه و إهماله. في البداية وجدت هذه الوسيلة في نظام التأمينات الشخصية أو العينية، إلا أن الواقع أبرز عجز هذه الوسائل بدورها لذا ولما كانت الأساليب المتبعة منذ أزل بعيد لم ترق إلى مستوى طموح الدائن الذي قد يضيع ائتمانه، فإن الأمر دفع إلى البحث عن أسلوب أو وسيلة أنجع. من بين هذه الوسائل الحديثة نسبيا ما يسمى بالتأمين، فقد يلتزم المشتري بالتأمين على العين المثقلة بالتأمين العيني كما قد يلتزم المشتري بالتأمين على المبيع ذاته بمبلغ يعادل قيمة الثمن المؤجل، يحصل عليه البائع عند فقد المبيع أو هلاكه . و يعد تأمين القرض أو ما يسميه البعض تأمين الدين أهم صور التأمين في هذا المجال، و يعرف تأمين القرض بأنه وسيلة من بين الوسائل المتخذة من طرف المؤسسة، التي تقوم بعملية بيع، حيث تؤمن خطر عجز زبونها (1) كما يعرف على أنه العقد الذي بواسطته يتحصل الدائن من المؤمن في مقابل دفعه لأقساط على ضمان أخطار القرض، بمعنى وتبعا لكل حالة ضد خطر إعسار مدينه أو بكل بساطة ضد عدم الدفع عند الاستحقاق (2)

فمن خلال هذه التعاريف نتوصل إلى أن تأمين القرض يتم بين مؤمن و مؤسسة مكتبة للتأمين، غالبا ما تكون صناعية أو تجارية، بحيث تطلب هذه الأخيرة ضمان الديون التي تملكها لدى زبائنها من جراء

---

(1) -Lexique de gestion , Dalloz , 3 éme édition , 2000, p102(L assurance crédit est un des moyens par les quels une entreprise qui vend, s' assure contre le risque de défaillance de son client)

(2)-Christian Larroumet , les pools bancaires , la tribune de l assurance 2000 , p608 (L assurance crédit est le contrat par lequel un créancier se procure auprès d un assureur moyennant versement de primes, une garantie contre les risques du crédit, c est à dire , suivant les cas , contre l insolvabilité de son ou de ses débiteurs, ou plus simplement , contre le non paiement à l échéance)

قيامها بعمليات البيع أو بتقديم الخدمات إذ تحصل المؤسسة على تعويض في حالة ضياع ديونها، وفي هذا الإطار فان التأمين على القرض لا يتحقق إلا بخلق وسائل وآليات وذلك بإنشاء شركات متخصصة في تأمين القروض، والابتعاد عن النظام القديم الذي يوكل المهمة إلى شركات تأمين عادية، تؤمن على جميع الأخطار بشتى أنواعها، وبالفعل فإن الجزائر قد أنشأت هيئات متخصصة في هذا المجال (1) ولكن التساؤل الذي يطرح هل التأمين قادر على تغطية العجز الذي يشوب وسائل الضمان السابقة ؟ وهل الهيئات المكلفة بالنشاط في هذا المجال كفيلة بتحقيق الدور المنشود (المنتظر) منها؟

للإجابة على هذا التساؤل، نقوم بدراسة نقطتين، دور التأمين في حماية ضمان الدائن (أولا) وقصور دور أجهزة التأمين على الدين (ثانيا)

أولا : فعالية التأمين في حماية ضمان الدائن

إن أول ظهور لتأمين الدين كان في ايطاليا حوالي سنة 1830، إذ أصدرت الشركة الايطالية banco adriatico de assuraioni a triest أقدم وثيقة للتأمين على القرض سنة 1831 (2)، ثم ظهرت بعد ذلك عدة شركات فرنسية مارست هذا النوع من التأمين، و ذلك بمبادرة أصحاب البنوك إستجابة منهم للتطور الصناعي وللحاجة إلى الأمن والأمان في المعاملات التجارية.

وفى الجزائر فإن دخولها إلى مرحلة اقتصاد السوق سمح لشركات التأمين التمتع بالاستقلالية في توسيع نشاطها، بعد إلغاء احتكار الدولة وفتح المجال للاستثمارات الخاصة و المنافسة الحرة. وعليه من المفترض أن يجد تأمين القرض نتيجة هذه السياسة مكانة في السوق الجزائرية للتأمين. والتأمين في هذا المجال يكتسي أهمية بالغة ذلك أنه مفيد للدائن والمدين على حد سواء فهو يؤمن للدائن الطمأنينة والضمان. يوفر للمدين الثقة والائتمان، ويمكنه من الحصول على ما هو في حاجة إليه من المال أو الأجل وهو أي التأمين بذلك يشجع الائتمان و يدعمه ويساهم في تحقيق وإنماء المشاريع الاقتصادية التي يحصل

---

(1)- نستبعد كل ما يتعلق بتامين الدين أو القرض عند التصدير لأنها تتعلق بالتجارة الخارجية ولها ميكانيزماتها الخاصة لان هذه التفاصيل لا تدخل ضمن هذا البحث

(1) -Jean Bastin,La défaillance de paiement et sa protection,L'assurance-crédit ,L.G.D.J,Paris 1991,p51et53.

عليها الغير(1)، ويهدف التأمين على القرض إلى تغطية الأخطار التجارية بالمفهوم الذي ورد في المادة 05 من الامر96/ 06 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير (2) وهذا هو المفهوم المتداول والمعمول به في مجال تأمين القرض، سواء تعلق الأمر بتأمين القرض الداخلي أو بتأمين القرض عند التصدير. إذ تنص هذه المادة(يتحقق الخطر التجاري عندما لا يف المشتري بدينه شخصا طبيعيا كان أو معنويا، وليس إدارة عمومية ولا شركة مكلفة بخدمة عمومية، وكان عدم الوفاء هذا غير ناتج عن عدم تنفيذ المؤمن له بنود العقد و شروطه .

و إنما ناتجا عن تقصير المشتري أو عدم قدرته على الوفاء)

نستخلص من هذه المادة أن الخطر التجاري يتحقق عندما يكون المدين المشتري غير قادر على تنفيذ التزاماته التعاقدية،، أو أنه يرفض ذلك دون سبب شرعي و يستوي في ذلك أن يكون هذا المدين شخصا طبيعيا أو معنويا.

إذ يقوم المانح للدين بتحويل خطر عدم استرجاع هذا الدين إلى هيئة معدة لهذا الغرض، وهي شركة التأمين، التي تساعد الدائن من خلال حرصها على تجنب وقوع الكارثة بواسطة تحريها و استعلامها حول المقترض المدين .

وإذا كانت هذه الوسيلة تظهر أنها أكثر فعالية من حيث الضمان، إذ لا يوجد حجز عقاري و لا بيع بالمزاد العلني، كما أنه يتميز بالتسوية السريعة بفضل الدعوى المباشرة للدائن في مواجهة شركة التأمين المدينة وهي من حيث المبدأ موسرة. ولكن يعاب على هذا الضمان أنه أكثر كلفة، بل إن هناك من يعتبر أن هذا الضمان يعتبر شكل خاص من الكفالة و بالتالي فإن مخاطر إعسار الكفيل تظل قائمة أي إفلاس شركة التأمين ، و الدليل على صحة هذا الرأي أن شركات التأمين العاملة في هذا المجال تقوم غالبا بفرض إعادة التأمين على عميلها، وذلك خشية من وقوعها هي الأخرى في حالة إعسار أو إفلاس، مما يبرز عجز هذا

---

(1)-حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتامين والامتياز، المكتبة القانونية الدار الجامعية 1990 ص 06

(2)- جريدة رسمية صادرة في 23 شعبان 1416 الموافق ل 14 يناير 96 عدد 3 .

الضمان .

ثانيا:تقييم دور أجهزة التأمين على الدين

بانضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة ، وبدخولها اقتصاد السوق كان عليها جلب أكبر عدد من المستثمرين ، و تشغيل عدد كبير من أفراد المجتمع ، وهذا لا يتحقق إلا بخلق وسائل وآليات تضمن من خلالها الجزائر عملية التأمين على الأموال المتجهة نحو هذا الغرض ، وذلك بإنشاء شركات متخصصة في تأمين القروض والابتعاد عن النظام القديم الذي كان يوكل المهمة إلى شركات تأمين عادية تؤمن على جميع الأخطار بشتى أنواعها، و في جميع المجالات و حسب اختلافها .

حاليا يمارس تأمين القرض في الجزائر من طرف شركتين متخصصتين في ذلك وهما شركة ضمان القرض العقاري (La société de garantie du crédit immobilier) (SGCI) [1]، و الثانية هي شركة التأمين و ضمان القرض الاستثماري ، (Assurance et garantie du crédit à l'investissement) (AGCI) [2]، وهما شركتين حديثتي النشأة ، تمارس كل منهما كما هو مبين من خلال تسميتهما ، تأمين نوع معين من القروض، ففي حين تمارس الأولى تأمين الخطر الذي تتعرض له المؤسسات المالية التي تمنح قروضا لغرض إقتناء مال عقاري للاستعمال السكني ، تغطي الثانية الأخطار التي تتعرض لها مؤسسات القرض في إطار تمويلها للاستثمارات و التي تمنحها المؤسسات الصغيرة و المتوسطة. فهذه الشركات تتميز مقارنة بشركات التأمين الأخرى بالتخصص إذ أنها تضمن خطر القرض ضد ضياعه ، وهو خطر خاص ، وتعتمد في سبيل ذلك على أجهزة ومصالح تساعدها في القيام بمهامها على أكمل وجه . فعلى حد تعبير المدير العام لشركة ضمان القرض العقاري فإن الامتياز

---

(1)- تأسست شركة ضمان القرض العقاري بتاريخ 5 أكتوبر 1997 برأسمال قدره 1000000000 دج ، و باشرت عملها بصفة رسمية يوم الفاتح من شهر جويلية سنة 1998 ، و قد تم اعتمادها بتاريخ 28 ماي 1999 بموجب قرار رقم 22 الصادر عن وزارة المالية من اجل ممارسة عمليات القرض ، وهي تعد مؤسسة عمومية إقتصادية ، وهي شركة ذات أسهم .

(2) - أنشئت شركة التأمين و ضمان القرض للاستثمار بمبادرة من السلطات العمومية و المجموعة البنكية بموجب القرار رقم 017 الصادر في 9 نوفمبر1998 طبقا لأحكام القانون رقم 95 /07 المتعلق بالتأمينات ، وهي تخضع كذلك لأحكام القانون التجاري حيث أنها تعد شركة ذات أسهم و هي تحوز رأسمال قدره 2000000000دج ، موزع بين مساهميها .

الرئيسي الممنوح من خلال عقد تأمين هذه الشركة هو تغطية الخطر المرتبط بالقرض الرهني ، المتمثل في عجز المقترض عن أداء دينه تجاه البنك المقرض(الدائن) بحيث إذا كانت القروض الرهنية مؤمنة ، هنا البنك يعود على وكالة التأمين بالأخطار ، وبالتالي فإن هذا يشكل ضمانا مهما ، ومن هنا نحن نشجع على تنمية القروض الرهنية بالجزائر (3) وعليه فإن هذه الهيئة تلعب دورا هاما في إقامة التوازن المالي ، مما يجعل من مصلحة البنوك التعامل معها(4) .

ولكن إذا كانت هذه الأجهزة تلعب دورا هاما في حماية الائتمان من خلال الضمان الذي تمنحه للدائن ، إلا أن ثمرة مجهوداتها تبقى محدودة ، فمن خلال الاتصالات المتكررة أمام الهيئتين الشركتين الوحيدتين ، تبين لنا بأن الملفات المعالجة من طرف شركة ضمان القرض العقاري تكاد تكون منعدمة ، وهي حقيقة منعدمة لدى الشركة الثانية ـ شركة ضمان القرض للاستثمار ـ بالرغم من مرور مدة لا يستهان بها من تاريخ إنشائهما ، و إن دل هذا على شيء ، فإنما يدل على أنهما لا تحققان الغرض الذي أنشئتا من أجله ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نلاحظ عدم اقتناع الزبائن و نقص في الثقة التي يضعونها في هتين الشركتين، و هذا نظرا لاعتيادهم على الضمانات التقليدية الممنوحة خاصة من طرف البنوك والتي يرون فيها قلة التكاليف مقارنة مع القسط المدفوع للشركة مقابل تنفيذ التزاماتها ، خاصة وأن البنوك لا تشترط ولا تلزم المتعاملين معها بالقيام بالتأمين على ديونهم ، ومن جهة أخرى فإن الشركتين تطيل في الإجراءات المتعلقة بتسيير الملفات لديها من تاريخ إيداع طلب الضمان إلى غاية تسوية الدين عند عدم دفعه في الأجل المستحق لذلك ، زد على ذلك فان قلة فروع الشركتين إن لم نقل انعدامها، يؤدي حتما إلى عدم رواج التعامل وفقا لهذا الأسلوب من الضمان .

في الحقيقة إن خلو المنظومة القانونية من نص قانوني خاص بالتأمين على الدين أو التأمين على القرض على المستوى الداخلي، يؤدي حتما إلى عدم بلوغ الغاية المنشودة من هذا الضمان مما يبرز عجز هذا

---

(3) ـ حوار صحفي مأخوذ من أسبوعية « El Waten Immobilier » من الأحد 25 ديسمبر إلى 31 ديسمبر 2006 ، ص 11 .

(4) ـ بالفعل فان كل من شركة ضمان القرض العقاري و ضمان القرض الاستثماري تتكونان من مجموعة هامة من البنوك وشركات التأمين .

الضمان عن حماية ائتمان الدائن. و عليه نستنتج أن هذا الضمان غير قادر على تغطية العجز الذي يكتنف الضمانات السابقة ، خاصة و أن ارتفاع تكلفته يخيف الزبائن من الإقبال عليه[1] .

من كل ما سبق أخلص إلى أن تزايد أهمية الائتمان في العصر الحديث، و اتساع نطاقه أدى إلى الإقبال المتزايد على الضمانات ، فقيام البنوك والمؤسسات المالية الأخرى وحتى الأفراد ، بمنح الائتمان لقطاعات الإنتاج والتوزيع والاستهلاك يؤدي حتما إلى ازدياد الحاجة إلى الضمانات ، هذه الأخيرة تعددت وتنوعت إلا أن تحقيق الحماية للائتمان لم يكن بالشكل اليسير ، فسواء تعلق الأمر بالإقرار للدائن بمراكز متميزة ، قانونية كانت (كالحق في الحبس و الحق في الفسخ) أو عقدية (كشرط المنع من التصرف و الشرط الجزائي) فإن دراسة شروط ممارسة هذه الضمانات وفعاليتها يجعلنا نقر بحقيقة عدم جدوى هذه الأدوات .

كما أن التأمينات العينية والشخصية حتى وإن كانت قد أعتبرت ولمدة طويلة بمثابة الضمانات الأكثر فعالية ، فإن هذه الفعالية أصبحت محل شك لظهور ما يسمى بأزمة التأمينات العينية والشخصية ، التي نتجت عن وجود القواعد الصارمة والجامدة الخاصة بإنشاء هذه التأمينات، كما أن التأمين على الدين أو القرض لا يحقق فعالية كبرى نتيجة خلو المنظومة القانونية الوطنية من نصوص قانونية محكمة تنظم هذا المجال مما انعكس سلبا على دور المؤسسات أو الهيئات التي تمارس هذا النشاط .

و عليه فإن الحاجة الماسة للائتمان و ضرورة حمايته وعجز وسائل الضمان التقليدية عن حمايته يفرض البحث عن وسائل بديلة .

---

(1)- تجدر الإشارة إلى أن المشرع أحدث بموجب القانون 05/06المؤرخ في 20 فبراير2006 جريدة رسمية عدد 15، مؤسسة جديدة يبدو نظريا أنها ستحقق خطوة لا يستهان بها في مجال تدعيم الائتمان ، و هي شركة إعادة التمويل الرهني ، والتي تقوم بعملية التوريق التي بمقتضاها يتم شراء القروض من طرفها و تحويلها إلى المستثمرين في شكل سندات تمنحهم حق الحصول على فائدة دورية ، لمدة معينة على أن يحصل حامل السند في الأخير على قيمة السند.
إذ يبدو من خلال هذه الآلية أن هذا النمط سيؤدي إلى زيادة منح الائتمان من طرف البنوك و المؤسسات المالية عامة ، نظرا لكون هذه الأخيرة من خلال عملية بيع القرض سوف تنقل عبء تحمل مخاطر عدم الوفاء إلى شركة التوريق،مع الإشارة إلى أن هذه الأخيرة ستحل محل المؤسسة المتنازلة في الضمانات.
لكن يبقى أن نشير إلى أن فعالية دور هذه الشركة ، تبقى رهينة مدى توفر سوق سندات نشيطة في الجزائر، و التي للأسف تبقى متأخرة جدا في هذا المجال ، ما يبرز قصور هذه الآلية هي الأخرى في منح الائتمان .

الفصل الثاني: حماية الائتمان باستعمال حق الملكية

إن الصعوبات المرتبطة بالضمانات التقليدية أدت بالممارسة إلى إيجاد ضمانات أخرى، تتمثل أساسا في توظيف حق الملكية في مجال الضمان، وذلك عن طريق شرط الاحتفاظ بالملكية .

إن استعمال حق الملكية كضمان كان موجودا في القانون الروماني، فالراهن كان ينقل ملكية أمواله إلى الدائن الذي يلتزم بإرجاعها، وكانت هذه الوسيلة معروفة باسم (fiducie) .إلا أن هذه التقنية لم تتجسد في القانون المدني القديم لأنها كانت لا تفيد بشيء، لأن الرهن الرسمي والحيازي كانا يشكلان في ذلك الوقت (1804) تأمينات فعالة وكافية للدائنين والمدنين (1) . ولكن بظهور أزمة التأمينات العينية والشخصية فإن الممارسة أدت بالرجوع إلى استعمال حق الملكية كضمان، فأصبح البائع مثلا يشترط الاحتفاظ بملكية المبيع إلى أن يقوم المشتري بالوفاء بالثمن كما أصبح البنك في مجال بيع السيارات بالتقسيط يحتفظ بملكية العين إلى أن يتم الوفاء بآخر قسط .

ومن هنا أصبح شرط الاحتفاظ بالملكية يشكل تعبيرا واضحا عن الاتجاه نحو توظيف الملكية كوسيلة للضمان، بالإضافة إلى مفهومها الأساسي كحق عيني أصلي يخول صاحبه مكنات محددة. ولكن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال هل توظيف الملكية كضمان حقق الفعالية التي عجزت الضمانات التقليدية عن تحقيقه وبالتالي حماية الائتمان بشكل أوسع؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقسم دراسة هذا الفصل إلى قسمين، نتناول في القسم الأول مدى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان (المبحث الأول)، ومن ثم نتطرق لأثار شرط الاحتفاظ بالملكية (المبحث الثاني) .

---

(1)- Dominique,Legeais, sûretés et garantes du crédit ,Paris,Librairie générale de Droit et de jurisprudence,2006, p122 .

المبحث الأول: شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان

يكثر في المجال الصناعي والتجاري أن لا يكون تسليم المبيع ودفع الثمن فوريا، لذلك فإنه لحماية البائع من خطر عدم دفع المشتري للثمن لسبب ما، إعتاد البائعون وبخاصة في حالات بيع المنقولات ، الاتفاق على احتفاظ البائع المالك بملكية الشيء المبيع، حتى يدفع المشتري الثمن بكامله أو حتى الوفاء بآخر قسط من الثمن المتفق عليه ، وهذا ما يعرف بالبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، والذي نص عليه المشرع في المادة 363 من القانون المدني،و عليه نلاحظ أن شرط الاحتفاظ بالملكية سببه تأجيل الوفاء بالثمن ، فالسؤال الذي يطرح في هذا المجال ، هل اعتماد تعليق نقل الملكية على الوفاء بالثمن غايته إحداث التوازن في المراكز القانونية للطرفين ، أي تعادل الالتزامات، أم أن الأمر يتعلق بسعي البائع إلى مثل هذا الأسلوب ، من أجل الحصول على وسيلة ضغط على المدين (المشتري) و حمله على الوفاء بالثمن ؟

للإجابة على هذا التساؤل نحاول الوصول إلى ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية (المطلب الأول) و من ثم فعالية الشرط كضمان (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية

لقد عرفت فكرة الشروط المقترنة بالعقد تطورا هاما ، ذلك أن مبدأ الحرية التعاقدية يحمل في طياته مبدأ الاعتراف للمتعاقدين بحرية إدراج الشروط التي يرونها مناسبة ، ومن هنا كان شرط الاحتفاظ بالملكية من أهم هذه الشروط .هذا الشرط يقوم على الاحتفاظ بالملكية إلى أن يتحقق الالتزام المقابل المتمثل في دفع الثمن ، أي أن آلية هذا الشرط تقتضي أن إتمام الوفاء بالثمن يستتبع نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، وذلك دون حاجة لإجراء أو تصرف معين من قبل الأطراف ،إلا أن الصعوبة تظهر عند تحديد الوقت أو الزمن الذي تنتقل فيه الملكية إلى المشتري ، هل بمجرد إبرام العقد أو التسليم أو الوفاء بالثمن؟

خاصة وأن جانب كبير من الفقه يعتبر أن شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدي إلى استبعاد القواعد العامة المتعلقة بنقل الملكية(1)

للإجابة على هذا التساؤل ،يجب تحديد مضمون شرط الاحتفاظ بالملكية (الفرع الأول) وكذا طبيعته القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية

الأصل أن عقد البيع من العقود فورية التنفيذ ، حيث يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية و الالتزام بدفع الثمن فور إبرام العقد(2) ، إلا أن حاجة المعاملات قد تضطر المشتري إلى إرجاء الوفاء بكل أو بعض الثمن ، الأمر الذي يضفي على البيع صفة ائتمانية تحمل في طياتها مخاطر معينة بالنسبة لحق البائع في الثمن ، الأمر الذي قد يضطره إلى اشتراط الاحتفاظ بالملكية . ولكن إذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية هو ضمان يقف في صف البائع ، فهل هذا يعني أن وضع هذا الشرط من طرف البائع يكون بغض النظر عن رغبة المشتري ، أم أن الأمر يقتضي الاتفاق بين المتعاقدين؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية (أولا)، و من ثم بيان شروط صحته (ثانيا).

أولا: تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية

يعرف البعض شرط الاحتفاظ بالملكية، على أنه ذلك الشرط الذي اعتاد البائعون بالتقسيط وضعه في عقد البيع، ويحتفظ البائع بمقتضاه بملكية البيع لحين الوفاء بالثمن بأكمله (3) . وهناك من يعرفه على أنه ذلك الشرط الذي يشترط فيه البائع احتفاظه بملكية الشيء المبيع بالرغم من تسليمه للمشتري ، حتى سداد آخر

---

(1) - **Michel Grimaldi ,la clause de réserve de propriété ,Medef, Direction des affaires juridiques, Juillet 2005 ,p5.**

(2)- على أن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالشهر،طبقا لنص المادة 793 من القانون المدني.

(3)- علي حسن يونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 5.

قسط (1) . وهذا الاتفاق يعتبر صحيحا طبقا لنص المادة 363 من القانون المدني والتي تنص (إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم

تسليم الشيء المبيع، فإذا كان الثمن يدفع أقساطا، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استفاء جميع الأقساط. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 224 ، وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع.

تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار) .

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإن الفقه في مجموعه، كان يرى أن هذا الاتفاق صحيح أيضا، و ذلك لأن نص المادة 1583 و نص المادة 1138 مدني فرنسي واللذان يربطان نقل الملكية بانعقاد البيع، ليسا من القواعد الآمرة (2). وبعدما انتشر شرط الاحتفاظ بالملكية في العمل اضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل لتنظيم أثر الشرط بالقانون رقم 12 ماي -1980 (3) . هذا وهناك من يعرف شرط الاحتفاظ بالملكية، بأنه ذلك الشرط الذي بمقتضاه يحتفظ بائع مال معين بملكيته لهذا المال إلى يوم الدفع الكامل للثمن المتفق عليه (4) .

من خلال التعاريف السابقة ، نستنتج أن شرط الاحتفاظ بالملكية ،عبارة عن بند أو شرط في عقد البيع ينص على احتفاظ بائع الشيء بملكيته له على الرغم من تسليمه للمشتري الذي يصبح حائزا للشيء ،حتى يقوم هذا الأخير خلال مدة معينة بالوفاء بالثمن المتفق عليه جميعه.

ثانيا : شروط صحة شرط الاحتفاظ بالملكية

---

(1)- علي جمال الدين عوض، العقود التجارية، دار النهضة العربية ،القاهرة، بدون سنة نشر، ص 53.

(2)- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مرجع سابق ص 169 نقلا عن:

Ph.Malaurie,L.Aynés,Droit civil,les sûretés,Droit du crédit,2éme édition ,1988,édition Cuyas,no 754,p 240.

(3)-Rudloff et Dubanchet, présentation général de la loi du 12 Mai 1980,la clause de réserve de propriété , actualités de droit de l'entreprise,t12,Librairies technique, Paris,1980 ,p11,12.

(4)- حمد الله محمد حمد الله ، حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996- 1997 ، ص 13 .

من خلال تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية ، نستنتج أنه لصحة هذا الشرط يجب أن يكون محلا لاتفاق بين طرفي العقد، و عليه فلا أثر لهذا الشرط عندما يكون معلنا عنه بشكل انفرادي من قبل البائع.

أما عن الوقت الذي يجب أن يتم فيه مثل هذا الاتفاق فالأصل أن شرط الاحتفاظ بالملكية يجب أن يكون محل لاتفاق الأطراف وقت انعقاد العقد،و تأخذ بهذه القاعدة الأنظمة التي تقضي بأنه إذا كان محل عقد البيع منقولا معينا بالذات فإن ملكية المبيع تنتقل بمجرد العقد ،كما هو الحال في القانونين الجزائري و الفرنسي. وعليه و في ضل هذه الأنظمة ، إذا تم اتفاق الأطراف على شرط الاحتفاظ بالملكية بعد انعقاد عقد البيع (أثناء التسليم مثلا) ، فإن ذلك الاتفاق يكون عديم الأثر ، إذ أن ملكية المبيع تكون قد انتقلت بالفعل من البائع إلى المشتري بمجرد العقد.أما بالنسبة للأنظمة القانونية التي تربط نقل ملكية المنقول بالتسليم ، فإن الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن أن يكون عند انعقاد العقد ، أوفي وقت لاحق ، شريطة أن يكون ذلك قبل تمام تسليم المبيع(1) إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا المجال هل يشترط العلم الحقيقي بشرط الاحتفاظ بالملكية، أم يكفي العلم المفترض به، هذا من ناحية ، و من ناحية أخرى فيما يتعلق بقبول المشتري لهذا الشرط هل يشترط القبول الصريح أم يمكن أن يكون قبولا ضمنيا ؟

نظرا لعموم نص المادة 363 من القانون المدني ، و نظرا لعدم وجود أحكام قضائية في هذا المجال ، فإن ذلك يدفعنا إلى بحث المسالة في القانون المقارن. فبعض الأنظمة القانونية تعترف بصحة شرط الاحتفاظ بالملكية ، و بقوته الملزمة و لو كان واردا ضمن شروط عامة للبيع متى علم به المشتري لحظة إبرام العقد مع البائع أو كان واجبا عليه أن يعلم به (أي العلم المفترض) ، و على خلاف ذلك فإن بعض الأنظمة القانونية تتشدد في ذلك ، ففي فرنسا مثلا يشترط القضاء ضرورة العلم الفعلي من قبل المشتري، فلا مجال لإعمال نظرية العلم المفترض في هذا الخصوص (2) . أما فيما يتعلق بمسألة قبول المشتري ،

---

(1)- من بين الأنظمة التي تأخذ بهذه القاعدة ،القانون الألماني و الهولندي.

(2)- حسين الماحي ، أثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني ، دار أم القرى ، المنصورة الطبعة الأولى، 1990 ، ص12 ، 13 ، و الموقف مأخوذ من حكم

Cass, 10 dés , 1991, Cass 11 mai 1993 , Dalloz, 1993, Somm, commentés par Françoise Pérochon , p278ets .

فان الأمر لا يثير صعوبة إذا كان قبول المشتري صريحا وقاطع الدلالة ، إلا أن الإشكال يثور عندما يرد

شرط الاحتفاظ بالملكية ضمن الشروط العامة للبيع ، ويعلم المشتري بهذه الشروط دون اعتراض من جانبه على هذا شرط . فهل يفسر سكوت المشتري على انه قبول ضمني لهذا الشرط أي انه يكفي بذاته لصحته؟

لقد تردد القضاء الفرنسي في بادئ الأمر في قبول رضا المشتري الضمني ، إلى أن حسمت محكمة النقض الفرنسية بحكم لها في 11 مايو 1983 (1) ، حيث قضت بان قيام المشتري بتنفيذ العقد ، عن علم بالشروط العامة لعقد البيع المتضمنة شرط الاحتفاظ بالملكية و المرسلة إليه من قبل البائع ، يعد قبولا للشرط المذكور ، واستلزم القضاء الفرنسي في ذلك أن تكون عبارات شرط الاحتفاظ بالملكية واضحة وقاطعة الدلالة ، وان يكون علم المشتري بهذا الشرط مؤكدا ، بحيث يمكن التسليم بان هناك قبولا من جانبه (2) .

أما عن موقف المشرع الجزائري بخصوص مدى اعتبار سكوت المشتري قبولا ضمنيا ، فيمكن أن نأخذ بما جاء في المادة 68 من القانون المدني التي تنص (إذا كانت طبيعة المعاملة ، أو العرف التجاري ، أو غير ذلك من الظروف ، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

و يعتبر السكوت في الرد قبولا ، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين ، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه .) .

فوفقا لأحكام هذه المادة ، يمكن أن يفسر سكوت المشتري على انه قبول ضمني ، وذلك في حالتين :

- الحالة الأولى : وجود علاقات سابقة بين البائع والمشتري ، إلا أن مجرد وجود معاملات سابقة بين الأطراف لا يؤدي بالضرورة إلى حتمية اعتبار السكوت قبولا ، وإنما الأمر يتوقف على تقدير ظروف

---

(1)- Cass, com , 11 mai , 1984 ,gaz , pal , 1985 -1-55 .

(2)- حسين الماحي ، آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني ، مرجع سابق ، ص 15 .

كل حالة .

- الحالة الثانية : إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تقضي بان السكوت الملابس يقوم مقام القبول ، فهذه الحالة تسمح باستنتاج قبول المشتري رغم سكوته من ظروف التعاقد ذاته و لو لم تكن هناك معاملات سابقة بين البائع والمشتري(1) .

ولكن تجدر الإشارة إلى أن موافقة المشتري في البيوع بالتقسيط ليست محل اعتبار غالبا، لأن حاجة المشتري للمبيع قد تفرض عليه الإقبال على هذا النوع من البيوع .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية .

إن تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية، مسالة تتسم بالكثير من التعقيد و الغموض ، نظرا لاختلاف الرأي في هذا المجال ، بل إن الاتجاهات تعددت وتضاربت دون الوصول إلى نتيجة حاسمة في هذا الشأن .

في الواقع إن الأخذ باتجاه معين لا يطرح إشكال ، وإنما الإشكال يطرح حول النتائج العملية التي تترتب على الأخذ بنظرية ما .

لتحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية، فإننا نتطرق إلى الاتجاهات الكبرى (أولا) ثم نحاول دراسة المسالة في ظل القانون المقارن لإثراء البحث، و نظرا للنقص إن لم نقل انعدام النصوص و الأحكام بل و حتى الدراسات على المستوى الوطني (ثانيا) .

أولا: شرط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط و الأجل

---

(1)- تجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 08/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية يلزم البائع في المادة الثامنة منه على إعلام المستهلك بكل الشروط التي يتضمنها عقد البيع، إذ جاء فيها (يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت و حسب طبيعة المنتوج ، بالمعلومات النزيهة و الصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة و شروط البيع الممارس و كذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة.
و لكن يبقى تطبيق هذا النص محصورا من حيث مجال التطبيق على العلاقات بين المحترفين والمستهلكين فقط ، أي أن هذا النص لا يطبق على العقود التي تبرم فيما بين المحترفين فيما بينهم ولا فيما بين الأشخاص العاديين.

إن عدم تحديد المشرع للطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية يدفعنا إلى البحث في الاتجاهات الفقهية في هذا المجال

لقد تباينت الاتجاهات الفقهية في هذا الصدد بين فكرتي الشرط و الأجل، إذ يرى البعض أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف، يتمثل في وفاء المشتري بالثمن(1) فحسب هذا الرأي فإن وجود البيع يتوقف على تحقق الشرط (الوفاء بالثمن) و من ثم لا ينعقد البيع قبل تنفيذ هذا الالتزام,

إلا أن هذا الاتجاه تعرض للنقد، من حيث أن الشرط الواقف باعتباره وصف إرادي يلحق الالتزام يتوقف على تحققه وجود الالتزام ذاته ،لا يتوافق مع الفرض الذي نحن فيه، ذلك أن إقران البيع بشرط احتفاظ البائع بملكية المبيع لا يكون بمحض إرادة البائع وحده، وإنما يخضع لقبول المشتري، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه لا يمكن القول بأن الوفاء بالثمن والذي يعتبر إحدى الالتزامات الناتجة عن عقد البيع يعد شرطا لانعقاده إذ يؤدي هذا التناقض إلى مسخ إرادة الأطراف التي تتجه فقط إلى تحصين البائع ضد عدم تنفيذ البيع(2)أي أنه لا يجوز اختيار تنفيذ إحدى الالتزامات المترتبة عن العقد وهو الوفاء بالثمن ليكون شرطا لصحة العقد.

هذا وإن القول بأن البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف، يعجز عن تفسير إمكانية تسليم المبيع إلى المشتري بل أن البائع في أغلب الأحوال يقوم بتسليم المبيع إلى المشتري دون تقييد حقه في استعماله، فإذا اعتبرنا أن هذا البيع معلق على شرط واقف فما هو الأساس الذي يقوم عليه هذا الحق.

كما أن القول بأن تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزامه يعد شرطا واقفا لانعقاد العقد ذاته شرط إرادي محض

---

(1) -Juris_classeur périodique,1969,11,15820,note de Guérin.

وكان هذا موقف القضاء الفرنسي القديم,

(2)- محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،2007، ص297 نقلا عن : Marty et Raynaux,T11,les obligations ,p 758 .

وهذا أمر يحظره القانون صراحة(1)

لهذه الأسباب لم تحض هذه النظرية بقبول الاتجاه العام في الفقه والقضاء، الأمر الذي أدى بجانب آخر من الفقه إلى تبني نظرية الشرط الفاسخ، والتي مفادها أن البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن في الميعاد المتفق عليه في العقد. إذ يتملك المشتري المبيع ملكية تامة، إلا أن حقه يظل مهددا بالزوال ،ومن ثم لا يستطيع التصرف فيه بهذا الوصف وإذا لم يوف المشتري بالثمن في الميعاد المحدد تحقق الشرط الفاسخ ويزول البيع بأثر رجعي بقوة القانون دون حاجةالى حكم أو إعذرا، وتعود ملكية المبيع التي انتقلت إلى المشتري مرة أخرى إلى البائع بأثر رجعي بمجرد التخاف عن الوفاء بالثمن (2)لكن هذه النظرية إذا كانت تفسر إمكانية استعمال المشتري للمبيع، إلا أنها لا تتفق مع إرادة الأطراف، ولا مع قصد المشرع، إذ أن نقل الملكية ذاته يكون موقوفا طبقا لنص المادة 363 قانون مدني. وحسب رأيي فإن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية بمثابة شرط فاسخ لعقد البيع يتناقض مع روح الشرط ذاتها لأن هذا التكييف ليس من شأنه حفظ الملكية بل نقلها للمشتري ثم إعادة نقلها للبائع في حالة الفسخ.

في الحقيقة إن الأخذ بفكرة الشرط بالمعنى الفني الدقيق فاسخا كان أم واقفا، يثير اعتراضا جوهريا يتمثل في عدم إمكانية صياغة تنفيذ الالتزام الرئيسي للمشتري في صورة شرط بالمعنى الفني لهذه الكلمة، فالشرط في الواقع يعتبر واقعة خارجة عن إرادة الإطراف بينما يتوقف تنفيذ العقد وخاصة دفع الثمن على إرادة المشتري في حالة التنفيذ الاختياري، وعلى إرادة البائع في حالة التنفيذ الجبري، أي أن الأمر يتوقف على إرادة الطرفين (3)

هذا وقد أخذ جانب آخر من الفقه بفكرة الأجل ،واعتبر أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع

---

(1)- لقد نصت المادة 205 من القانون المدني (لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم)

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 4،العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة ،2000، ص174.

(3) -J,Ghestin ,réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété,Dalloz,1980,1,p13.

مضاف إلى أجل واقف يتفق فيه الأطراف على إرجاء تنفيذ العقد إلى حين حلول الأجل وهو الموعد المحدد لدفع الثمن(1)

أي أنه عند حلول الأجل يتم الوفاء بالثمن، وتنتقل الملكية من البائع إلى المشتري من ذالك الحين ودون أثر رجعي، و هذا خلافا لما هو الحال بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف.

إن أصحاب هذا الاتجاه حاولوا إيجاد سند من التشريع الفرنسي إذ اعتبروا أن القانون الفرنسي المؤرخ في 12 ماي 1980 المنظم لأثار شرط الاحتفاظ بالملكية، جاء محايدا لأنه يقضي بأن شرط الاحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن.

La clause suspend « Le transfert de propriété au paiement intégrât du prix »

و أنه إذا كانت الأعمال التحضيرية تكشف عن تعلق الأمر بشرط و ليس اجل، فإنه من المؤكد أن البرلمانيين لم يكن لديهم إدراك واضح للمعنى الفني لكلمة الشرط في التعبيرات التي استخدموها عادة لتصف شرط الاحتفاظ بالملكية، توحي بالاعتقاد بأنهم يتحدثون عن الشرط، بينما ينصرف تفكيرهم إلى الأجل فإذا كان الأمر يتعلق بشرط كان ينبغي أن تكون الصياغة على النحو التالي: لا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا إذا دفع الثمن (2) La propriété ne serait transfère que « si » il payait le prix . ولكن مهما يكن فإن القول بأن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على أجل واقف منتقد، لأن دفع الثمن هو واقعة غير مؤكدة ،فيسار المشتري وخاصة في العلاقات التجارية أمر غير يقيني وصعب التقدير، ومن ثم يصعب القول بأن نقل الملكية مضاف إلى اجل غير مؤكد على هذا النحو(3)

---

(1)- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير مسماة في القانون الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر،الطبعة الثالثة، 2006 ،ص 189 .

(2) – J . Ghestin, la clause de réserve de propriété, rapport de droit civil,Actualités de droit d l'entreprise,Librairies techniques, Paris 1980,n12,p50.

(3)- محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية،مرجع سابق ،ص 322,

هذا وإن هذه النظرية- البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل - لا يمكن تطبيقها بأية حالة على البيع الذي لا يتضمن تحديدا لسلطات المشتري، خاصة وأن هذا النوع من البيوع في غالبها يتم تسليم المبيع إلى المشتري مع إرجاء نقل الملكية .

كما أن اعتبار الملكية لا تنتقل عند الوفاء بالثمن بأثر رجعي طبقا لنظرية الأجل ، لا يتوافق مع ما جاء به المشرع في المادة 363 قانون مدني والتي نصت صراحة على الأثر الرجعي .

نلاحظ أن هذه النظريات لم توفق في تحديد طبيعة شرط الاحتفاظ بالملكية، فما هي حقيقة تكييف هذا الشرط ؟

ثانيا : التكييف الحقيقي لشرط الاحتفاظ بالملكية (التكييف الراجح)

نظرا للانتقادات الموجهة للنظريات السابقة، اعتبر جانب من الفقه والقضاء الفرنسي أن البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر بيعا باتا،كل ما في الأمر أن نقل الملكية من البائع إلى المشتري وهو أثر من أثار عقد البيع، يتراخى إلى أن يتم دفع الثمن من طرف المشتري، فإذا تم ذلك اعتبر أن الملكية قد انتقلت منذ وقت البيع (1)

فطبقا لهذه النظرية فإن شرط الاحتفاظ بالملكية إلى حين الوفاء بالثمن يتعلق فقط بنقل الملكية، فنحن إذا أمام شرط واقف لنقل الملكية وليس لتكوين العقد، ويستند ذلك التحليل على فكرة أن نقل الملكية من طبيعة عقد البيع وليس من جوهره.

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى التفرقة بين الشرط الواقف الذي يلحق العقد في جملته والشرط الذي يلحق الالتزام بنقل الملكية، أي أنه ينبغي التمييز بين ما إذا كان الشرط وصفا في العقد ككل أم وصف لأحد الالتزامات الناشئة عنه.

تبدو أهمية التفرقة في أن عقد البيع المعلق على شرط واقف، لا ينعقد قبل تحقق الشرط ولا يرتب بالتالي آثاره المعروفة، فيؤدي استرداد البائع للمبيع لعدم استفاء الثمن إلى إنهاء الروابط القانونية

(1) -J,Ghestin ,réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, op.cit,p16.

الناتجة عن العقد، وذلك دون حاجة إلى أي إجراء آخر. أما إذا أخذنا بانعقاد البيع وترتيب كل آثاره ما عدا نقل الملكية، فإن استرداد البائع للمبيع ليس من شأنه إنهاء العقد بل ينبغي اتخاذ إجراء آخر للوصول إلى تلك النتيجة، ويتمثل ذلك في دعوى الفسخ أو إعمال الشرط الفاسخ الصريح والذي عن طريقه يمكن تسوية حكم أقساط الثمن المدفوعة (1)

ويمكن للبائع الاحتفاظ بها على سبيل التعويض بمقتضى وجود شرط جزائي في العقد، مع إمكانية القاضي بطبيعة الحال مراجعة قيمة التعويض المستحق.

نلاحظ أن هذا الاتجاه يتماشى ونص المادة 363 من القانون المدني التي جاء فيها (إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع.

فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استفاء جميع الأقساط ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 184.

وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع,

تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار)

هذا وبالرجوع إلى التشريع الألماني، فإن نص المادة 455 مدني جاء فيها صراحة على أنه عندما يحتفظ البائع بملكية المنقول حتى الوفاء بالثمن يعتبر ذلك في حالة الشك نقلا لملكية معلقا على شرط واقف وهو دفع كامل الثمن، مع احتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشتري في هذا الوفاء (2)

فمن خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع الألماني حسم المشكلة، إذ اعتبر صراحة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بيعا يكون فيه نقل الملكية معلقا على شرط واقف وهو دفع الثمن كاملا. علاوة على

---

(1) -J,Ghestin ,réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, op.cit,p16.

(2)- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير مسماة في القانون الخاص،مرجع سابق، ص 181.

ذلك نص صراحة على احتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشتري عن هذا الوفاء.

أما المشرع الفرنسي فمن خلال تنظيمه لأثار شرط الاحتفاظ بالملكية بموجب القانون الصادر في 12 مايو 1980 (1) فإن مشكلة الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية وجدت لها حلا، إذ تشير المادة الأولى من القانون المذكور أعلاه إلى (يوقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن).

فمن خلال هذه المادة، نلاحظ أن نقل الملكية معلق على شرط واقف يتمثل في الوفاء بكامل الثمن أي أن المقصود هنا هو الشرط الواقف (2)

وتجد الإشارة إلى أن الإقرار بالشرط الواقف من القانون المشار إليه، لم يكن مرة واحدة بل عرف الأمر ترددا، ذلك أنه وفي بداية الأمر فإن المادة الأولى من المشروع المقدم من Dubanchet، تشير إلى أن الشرط المذكور هو شرط واقف، إلا أن العبارة تم حذفها في لجنة القوانين في مجلس الشيوخ. كما أن التقرير المقدم من Charles Million أمام الجمعية الوطنية لم يأخذ بأي من الخيارات الثلاث (بيع معلق على شرط واقف، بيع معلق على شرط فاسخ، شرط موقف لنقل الملكية على الوفاء بالثمن) إلا أنه أثناء المناقشة، حدد أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق فيه انتقال الملكية على شرط واقف هو دفع الثمن(3)

ولهذا فإنه يترتب على هذا التكيف في ضل التشريع الفرنسي أن يضل البائع مالكا للمبيع ،وبالتالي فإنه يتحمل تبعه هلاك المبيع (4) ولهذا فمن مصلحته أن يكمل شرط الاحتفاظ بالملكية بنص يخالف قاعدة هلاك الشيء على مالكه.

يتضح مما سبق أن اعتبار البيع مع شرط الاحتفاظ الملكية بيع معلق فيه انتقال الملكية على الوفاء

---

(1) -Rudloff et Dubanchet, présentation générale de la loi du 12 mai 1980,la clause de réserve de propriété ,Actualité du droit de l'entreprise ,T12,p11,12 .

(2) – J . Ghestin, la clause de réserve de propriété, rapport de droit civil,Actualités de droit d l'entreprise,op.cit,p48 .

(3)– J . Ghestin,op.cit,p48.

(4)- إن مناط تبعة الهلاك في ضل التشريع الفرنسي هو الملكية ،على خلال التشريع الوطني الذي يأخذ بقاعدة التسليم كما سنبين ذلك عند دراسة أثار شرط الاحتفاظ بالملكية على قواعد تبعة الهلاك.

يتضح مما سبق أن اعتبار البيع مع شرط الاحتفاظ الملكية بيع معلق فيه انتقال الملكية على الوفاء بالثمن يتوافق مع التشريع الجزائري (نص المادة 363 من القانون المدني) وهذا التكيف يحقق مصلحة البائع إذ يضل هذا الأخير مالكا للمبيع إلى غاية الوفاء بكامل الثمن وهو الأمر الذي يحقق الضمان الذي نبتغيه .

نخلص من كل ما سبق، أن شرط الاحتفاظ بالملكية،هو شرط بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية المبيع حتى دفع الثمن بتمامه، بمعنى أن يؤخر انتقال الملكية إلى حين أداء الثمن، و أن هذا الشرط قد حظيت طبيعته القانونية بدراسات عديدة انتهينا إلى ترجيح الاتجاه الذي يأخذ بالشرط الواقف لنقل الملكية ،لكونه حسب رأينا يتماشى و روح نص المادة 363 من القانون المدني. و لكن يبقى أن قصور التشريع و انعدام الاجتهادات القضائية على المستوى الوطني يثير صعوبات كبيرة في دراسة هذا النوع من الضمان .

المطلب الثاني: فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان

إن الحياة العملية قد جعلت مانح الائتمان، في بحث دائم عن الضمان، وإذا اعتبرنا أن التأمينات العينية والشخصية لم تعد تحقق الضمان الكافي، نتيجة ارتفاع تكلفتها وتعقيد إجراءاتها وعدم مواكبتها للتغييرات الاقتصادية، والتي أثرت بشكل بارز على نظم الإفلاس، وبالتالي على فعالية التأمينات، فإن الأمر يقتضي البحث عن ضمان يتدارك هذا العجز.

في الحقيقة إن فعالية الضمانات، تؤخذ من خلال عدة اعتبارات، أهمها كلفتها، بساطة إنشائها وبلوغها. فهل يتميز شرط الاحتفاظ بالملكية بهذه الخصائص؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي دراسة جدوى ما يحققه هذا الشرط من ضمان (الفرع الأول) ثم نحاول إبراز فعالية هذا الضمان في بعض العقود، ذلك أن العوامل الاقتصادية قد أفرزت بعض الأنواع من العقود، تحقق من بين أهدافها نوعا من قبيل هذا الضمان للدائن (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : جدوى الضمان الذي يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية

باستقراء نص المادة 363 من القانون المدني، الفقرة الأولى التي تنص (إذا كان ثمن البيع، مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله و لو تم تسليم الشيء المبيع)

نلاحظ وبصفة مبدئية أن المستفيد من هذا الضمان، هو البائع وحده ذلك أنه وطبقا لنص المادة السابقة فإن هذا الضمان الاتفاقي أطرافه هما البائع والمشتري، فالسؤال الذي يطرح هل يمكن نقل هذا الضمان إلى الغير وبالتالي استفادة هذا الأخير منه ؟ فمثلا هل يمكن لبنك أن يحل محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية ؟

إن الإجابة على هذه المسألة تكون من خلال نقطتين، نتناول في الأولى إبراز بساطة شرط الاحتفاظ بالملكية (أولا) ومن ثم دراسة مدى إمكانية نقل الاستفادة من هذا الشرط إلى الغير (ثانيا)

أولا: بساطة شرط الاحتفاظ بالملكية

تظهر بساطة هذا الشرط في أنه لا يستلزم سوى الاتفاق عليه بين بنود العقد، وهذا ما يستخلص من مضمون المادة 363 من القانون المدني، ذلك أن المشرع لم يشترط شكلا معينا أو إجراءا خاصا .

ولذلك نجد أن هذا الشرط شائع في بيع الآلات الميكانيكية والدراجات وآلات الخياطة والآلات الكهرومنزلية، و لا مانع من إدراج هذا الشرط في بيع المحلات التجارية و الأراضي..

تتأتى فعالية هذا الشرط من خلال إمكانية البائع بأن يطالب باسترداد الشيء المبيع باعتباره مالكا له، مما يجنبه مزاحمة باقي دائني المشتري له، لكن الإشكال الذي يثور هو أنه في حالة إفلاس المشتري ،فإن باقي الدائنين يأخذون في اعتبارهم الوضع الظاهر، وهو أن الشيء يدخل في الضمان العام للمدين خاصة وان حيازة المدينين للشيء المبيع تعزز هذا الوضع الظاهر، فهل هذا الضمان قادر على مواجهة هذا الوضع ، بعبارة أخرى هل شرط الاحتفاظ بالملكية قادر على الوقوف في وجه دائني المشتري و بالتالي منعهم من التنفيذ على المبيع؟

في الحقيقة إن فعالية هذا الشرط تظهر بشكل جلي ضمن أحكام عقد الاعتماد الايجاري ، حيث نصت المادة 22 من الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على (في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء، تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار ، أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر، لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الامتيازيين مهما كان وضعهم القانوني و صفتهم ، سواء أخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي) يتضح أن احتفاظ المؤجر بملكية الأصل يشكل ضمانا فعالا ، في مواجهة الإجراءات الجماعية المتخذة من طرف دائني المستأجر، في إطار الإفلاس أو التسوية القضائية، حيث أن العين المؤجرة لا تخضع لأية متابعة .

لكن يبقى أن تطبيق هذه القاعدة يظل مقتصرا من حيث مجال التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري، لذا نأمل أن يذهب المشرع إلى تعميم هذه القاعدة ، حتى يجعل من هذا الشرط ضمانا فعالا، على غرار التشريع الفرنسي الذي عرف تقدما كبيرا في هذا المجال، إذ جعل القانون الفرنسي المنظم لأثار شرط الاحتفاظ بالملكية المؤرخ في 12 ماي 1980 هذا الشرط نافذا في مواجهة باقي الدائنين في حالة الإفلاس، وذلك تحت شروط معينة تتميز بالبساطة والسهولة ، إذ يكفي أن يكون الشرط مكتوبا وذلك من أجل تجنب كل مناقشة أو غش (1) لكن السؤال الذي يطرح ما طبيعة هذه الكتابة ؟

إن قانون 12 ماي 1980 يشترط مجرد الكتابة ، بل إن هذه الكتابة ليست متطلبة لصحة شرط الاحتفاظ بالملكية، بدليل أن هذا الشرط كان يعتبر ،صحيحا قبل صدور القانون 12 ماي 1980 ، كما أن هذه الكتابة ليست مطلوبة إلا لحماية رضا المشتري والتمكن من الاحتجاج بالشرط في مواجهة جماعة الدائنين فالمهم هو التأكد من قبول الشرط وأنه تم قبل تسليم المبيع (2)

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن عدم الاعتراض من جانب المشتري على هذا الشرط ، مع علمه

(1) -J.Ghestin, rapport de synthèse , actualité de Droit de l’entreprise ,la clause de réserve de propriété , t 12,Librairies technique, Paris,1980 ,p285.
(2)- J .Ghestin, rapport de synthèse,op.cit,p289.

التام به يعادل القبول أيا كانت الوثيقة (فاتورة، إذن تسليم..) التي ظهر عليها هذا الشرط (1)

وعليه فان فعالية هذا الشرط تظهر من خلال انه يسمح للدائن بالمطالبة بالبضاعة في حالة عدم الوفاء بالثمن في معاد الاستحقاق .

ثانيا : إمكانية انتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية

إن السؤال الذي يطرح في هذا المجال، هل يمكن لكل من البائع والمشتري أن ينقل إلى البنك شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، وذلك عند حاجتهما للائتمان؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا معرفة كيفية حلول البنك محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية .

عندما يقوم البائع ببيع المبيع إلى المشتري، مع الاحتفاظ بملكيته، ويقوم المشتري عند حاجته إلى تسديد الثمن بالاقتراض من البنك، ومقابل ذلك يطلب الحلول محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان ، فوجود الشرط بين البائع والمشتري ضروري لإمكان الحلول (2)

هذا وان القانون المدني ينظم نوعين من الحلول ، أحدهما يكون عن طريق الحلول بواسطة الدائن أي أن الدائن يتفق مع الموفى على أن يحل محله في حقوقه بضماناته قبل المدين ولا يشترط أن يقبل هذا الأخير ذالك،مع الإشارة إلى انه يجب أن لا يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء ، وهذا ما جاءت به المادة 262 من القانون المدني بنصها (يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك.

ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء)

أما الطريق الثاني للحلول ،فيكون بواسطة المدين ، فإذا اقترض هذا الأخير مالا من أجل الوفاء بالدين، فإن المقرض يحل محل الدائن الذي استوفى حقه ، بغض النظر عن رضا هذا الدائن، و يجب أن يكون المال المقترض مخصصا لهذا الوفاء ،و يجب أن يذكر ذلك في عقد القرض ،و عند المخالصة يجب بيان

---

(1) - نبيل إبراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، مرجع سابق ، ص209 . و الحكم مأخوذ من Com,2mai 1984B,14,no154 ,Dalloz,85 .I.R.I,17e,espèce,note Derrida.

(2)– Michel Mathieu, l'exploitant bancaire et le risque crédit , la revue banque éditeur, 1995 , p252 .

أن الوفاء كان من هذا المال المقترض. و هذا ما جاءت به المادة 263 من القانون المدني بنصها (يجوز أيضا للمدين إذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه و لو دون رضا هذا الأخير على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد)

وعليه فان للبنك الذي يوفى للبائع ثمن المبيع، أن يحل محله في شرط الاحتفاظ بالملكية، ويمكنه أن يحل محله في حقوقه قبل المشتري ودائنيه، وأن يطلب استرداد المبيع في حالة عدم استيفائه لحقه ، ذلك أن حلول البنك محل البائع لا يتعلق فقط بالحق وتوابعه ولكن يشمل كل الحقوق المرتبطة به ومن ذلك حق الملكية الذي يحتفظ به البائع في عقد البيع.

فالملكية لم يتم الاحتفاظ بها لذاتها ولكن على سبيل الضمان للحق في الثمن، وبالتالي فمن الطبيعي أن ينتقل هذا الضمان إلى البنك .

هذا ولقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمين لها في مارس 1988 (1) إمكانية هذا الانتقال عن طريق الحلول. فالشخص الذي يحل محل الدائن يمكنه استخدام كل الدعاوى المقررة له والمرتبطة بهذا الحق قبل الوفاء به .

إن وقائع الحكم الثاني تتعلق بقرض خصص لدفع جزء من ثمن شراء سيارتين . حل المقرض (البنك) محل البائع في كل حقوقه ودعاواه قبل المشتري ، بما في ذلك دعوى الاسترداد المستندة إلى شرط الاحتفاظ بالملكية.

طعن أمين التفليسة بالنقض في حكم محكمة الاستئناف الذي قضى بصحة الحلول ، واستند أمين التفليسة إلى أن تأمين المقرض للثمن أدى إلى نقل ملكية السيارتين إلى المشتري وليس للمقرض ، ومن ثم ليس لهذا الأخير أن يطلب استردادها ، إضافة إلى أن المقرض لم يدفع سوى جزء من الثمن ، ومن ثم ليس له

---

(1)- **Peltier Frederic,introduction au droit de crédit , la revue banque éditeur ,2éme édition ,1990,p43.**

أن يستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية .

و رفضت محكمة النقض هذا الطعن مقررة أن هذا المقرض حل محل البائع في حقوقه ودعواه قبل المشتري بما في ذلك دعوى الاسترداد ، ونظرا لأن الاسترداد يتعلق بشيء معين بالذات فإن الالتزام بالرد لا يقبل التجزئة ، ومن ثم فإن القضاء برد السيارتين للمقرض يكون صحيحا.

هذا ويمكن أن يتم الانتقال إضافة إلى الحلول عن طريق حوالة الحق . فبالرجوع إلى نص المادة 243 من القانون المدني التي تنص (تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة ، والامتياز والرهون ، ورهن الحيازة، كما تشمل ما حل من أقساط)

فما دام النص لم يحدد الضمانات على سبيل الحصر، فإنه يمكن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية ضمانه مقررة للوفاء بالحق بالثمن .

هذا وان المادة 264 من القانون المدني قد نصت على (من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن) وعليه يمكن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية من توابع الحق في الثمن ، ينتقل معه إلى البنك الذي يحل محل البائع .

من ما لا شك فيه أن هذا الضمان سيلعب دورا حاسما في مجال حماية الائتمان .

الفرع الثاني : فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في بعض العقود

لقد أدى استعمال حق الملكية بهدف الضمان ، إلى إدخال هذه الضمانة ضمن تقنيات تعاقدية مختلفة ، ذلك أن إدراج هذا الشرط لم يعد مقتصرا على عقد البيع في صورته العادية ، إذ أن العوامل الاقتصادية أدت إلى ظهور أنواع جديدة من العقود يصعب إدراجها ضمن طائفة العقود التي نظمها المشرع المدني .

من هذه العقود التي أصبحت شائعة في وقتنا الحاضر، عقد القرض الايجاري وعقد البيع الايجاري.

وما يميز هذه العقود هو أن المورد فيها يبحث عن ضمان سهل وبسيط وقوي في نفس الوقت فكان أن تم توظيف شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان ولكن التساؤل الذي يطرح ،هل هذا الضمان يحقق الحماية المبتغاة، وبعبارة أخرى إلى أي مدى تظهر فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في هذه العقود؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل ، تقتضي منا دراسة فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد القرض الايجاري (أولا) ، وكذا فعاليته في عقد البيع الايجاري (ثانيا)

أولا: فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الايجاري

لقد نظم المشرع الجزائري عقد الاعتماد الايجاري (1) ضمن الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 يناير 1996 (2)

ويعد عقد الاعتماد الايجاري وسيلة حديثة لمنح الائتمان(3) فهو وسيلة تمويل مستحدثة ، إحتلت مكانة مرموقة في الأسواق المالية لإمداد المشروعات الصناعية و التجارية بالتجهيزات و الأدوات اللازمة. فالشخص الذي يحتاج إلى منقول أو عقار لاستغلاله في مشروعه ، و ليس لديه رأس المال اللازم لشرائه، و لا يرغب في الاقتراض ، فيقوم بإبرام عقد مع شركة الاعتماد الايجاري يسمى عقد الاعتماد الايجاري، تلتزم الشركة بمقتضاه بشراء الشيء الذي يحتاجه التاجر من البائع ، ثم تؤجره لعميلها للمدة المتفق عليها، و مقابل ذلك يدفع المستأجر أجرة للشركة المالكة (4).

عند نهاية المدة يكون أمام المستأجر خيارا من الخيارات التالية :

1- شراء الشيء بقيمته عند مباشره هذا الخيار .

---

(1)- هناك عدة تسميات إذ نجد من يطلق عليه القرض الايجاري الإيجار التمويلي ، الايجاري الائتماني ، إلا أننا نأخذ بالتسمية التي اخذ بها المشرع في الأمر المشار إليه أعلاه

(2)- الجريدة الرسمية عدد 3 المؤرخة في 23 شعبان 1416 هجري الموافق ل 14 يناير 1996 م

(3)- الاعتماد الايجاري هو وسيلة لتمويل الاستثمارات ، بدأ العمل به خلال الخمسينات (1952) لما أنشئت أول مؤسسة أمريكية متخصصة في ذلك (Leasing) ، وعليه فإن هذه العملية عرفت نظامها الأول في الدول الانجلوسكسونية ، ثم انتقلت بعد ذلك إلى دول أخرى كفرنسا، أين أعطيت له تسمية (Crédit – bail) .

(4)– Stéphane Piedelievre , les sûretés , Armand Colin , KJV 2115 PIE 2004 , p193 .

2- الاكتفاء بالانتفاع عند نهاية هذه المدة ، ويعيد الشيء للبنك الذي يبيعه أو يؤجره لشخص آخر.

3- أن يطلب تجديد الإيجار مدة أخرى تكون عادة بأجرة أقل .

نظرا للأهمية العملية لعقد الاعتماد الايجاري ، فإن المشرع الجزائري حاول تنظيمه من خلال الأمر المشار إليه أعلاه .

فبالرجوع إلى المادة 19 من الأمر المشار إليه آنفا والتي تنص (يبقى المؤجر صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الاعتماد الايجاري إلى غاية تحقيق شراء المستأجر هذا الأصل ، في حالة ما إذا قرر هذا الأخير حق الخيار بالشراء عند انقضاء فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء .

يستفيد المؤجر كل الحقوق القانونية المرتبطة بحق الملكية ويقوم بكل الالتزامات القانونية الملقاة على عاتق صاحب الملكية وفقا للشروط والحدود الواردة في عقد الاعتماد الايجاري ، لاسيما تلك المنشئة للبنود التي تعفي صاحب الملكية من المسؤولية المدنية)

نلاحظ أن المشرع أحاط المؤجر بامتياز هام ، إذ يبقى صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الاعتماد الايجاري إلى غاية تحقق شراء المستأجر لهذا الأصل باستعمال حقه في خيار الشراء عند انتهاء مدة الإيجار، وبالتالي يستفيد البنك من كل الحقوق المرتبطة بحق الملكية .

وله الحق عند عدم دفع المستأجر لقسط واحد من الإيجار، و بعد إشعار مسبق أو اعذرا لمدة 15 يوما كاملة ، أن يضع حدا لحق المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر و استرجاعه بالتراضي أو عن طريق مجرد أمر غير قابل للاستئناف يصدر بذيل عريضة عن رئيس المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان إقامة المؤجر.

ويمكن للمؤجر بعد استرجاع الأصل ، أن يتصرف فيه عن طريق التأجير أو البيع أو عن طريق أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية ، وهذا ما جاءت به المادة 20 من الأمر 10/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري و التي تنص (يمكن المؤجر ، طوال مدة عقد الاعتماد الايجاري وبعد إشعار مسبق و /أو اعذار لمدة خمسة عشر (15) يوما كاملة،أن يضع حدا لحق المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر واسترجاعه بالتراضي أو عن طريق مجرد أمر غير قابل للاستئناف يصدر بذيل العريضة عن رئيس محكمة مكان

إقامة المؤجر ، وذلك في حالة عدم دفع المستأجر قسطا واحدا من الإيجار، و في هذه الحالة ، يمكن المؤجر أن يتصرف في الأصل المسترجع، عن طريق تأجير أو بيع أو رهن الحيازة أو عن طريق أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية ، ويعد كل بند مخالف لعقد الاعتماد الايجاري بندا غير محرر.

لا يمكن المستأجر أن يتمسك بعقد الاعتماد الايجاري للاستفادة من مواصلة الإيجار وفقا للشروط المتفق عليها أوليا، إذا مارس المؤجر حقه في استرجاع الأصل المؤجر وفقا للشروط المحددة في الفقرة السابقة، ما عدا حالة وجود موافقة صريحة من المؤجر ، و يشكل عدم دفع قسط واحد من الإيجار فسخا تعسفيا لهذا العقد)

و في حالة إفلاس المستأجر، يكون لشركة الاعتماد الايجاري امتياز قانوني تستطيع من خلاله أن تمتاز على الدائنين الآخرين للمستأجر ، و ذلك بعدم تمكينهم من متابعة الأصل المؤجر مهما كان وضعهم القانوني .

وعليه فان شركة الاعتماد الايجاري تتمتع بوصفها مالكة الأصل بمركز قانوني فريد ، إذا ما قورن بأي مركز آخر ينشأ عن تقديم المستفيد لأي ضمانات عينية أخرى .

في الحقيقة إن فعالية هذا الضمان تظهر بشكل واضح من خلال تفادي الشركة لأية مزاحمة من قبل دائني المستفيد ، إذ يستبعد هؤلاء بصفة مطلقة من التنفيذ على الأصل ، حيث لا يملكه مدينهم بل تملكه شركة الاعتماد الايجاري ، و أخيرا تستطيع التصدي بفعالية لأي ادعاء من جانب الغير بحق على الأصل و بصفة خاصة لطلبات استرداده(1) . ولذلك كله انعقد الإجماع في الفقه الفرنسي على أن الملكية تمثل الضمان الذي تتمتع به شركة الاعتماد الايجاري ، حيث أنها تمثل الضمان الجوهري ضد مخاطر إعسار المستفيد و إخلاله بالتزامه بالوفاء بالأجرة (2) .

---

(1)- نصت المادة 22 من الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على (في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء، تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار ، أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر، لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الامتيازيين مهما كان وضعهم القانوني و صفتهم ، سواء أخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي)

(2) - هاني محمد دويدار ، النظام القانوني للتأجير التمويلي ، مكتبة الإشعاع الفنية ، الطبعة الثانية ، 1998 ،ص 106 .

و أهم ما يتميز به الضمان المتقدم هو عدم إنفصاله عن الاتفاق الأصلي بالتمويل ، إذ لا ينشأ عن عمل إرادي يكون تابع لهذا الاتفاق ، وإنما هو ركن جوهري من أركان عقد الاعتماد الايجاري ، ونظرا للأهمية البالغة للملكية بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلي يعتبر البعض الملكية بمثابة حجر الزاوية في عقد الإيجار التمويلي (1) بل أنه لولا بقاء الشركة الممولة مالكة للأصل لما أقحمت نفسها في دائرة الائتمان (2) .

وعليه نلاحظ أن الملكية تلعب دورا هاما في عقد الاعتماد الايجاري.

ثانيا : فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع الايجاري .

لقد نظم المشرع الجزائري البيع الايجاري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97 - 35 الذي يحدد شروط و كيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها و بيعها بالإيجار(3) و كذا المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ 23 ابريل2001 ، الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كيفيات ذلك(4). حيث جاء في المادة السابعة من المرسوم التنفيذي رقم 97 - 35 المشار إليه أعلاه (عقد البيع بالإيجار المنصوص عليه أعلاه ، هو العقد الذي يلتزم بموجبه ديوان الترقية و التسيير العقاري باعتباره المالك المؤجر أن يحول ملكا عقاريا ذا استعمال سكني لأي مشتري إثر فترة تحدد باتفاق مشترك و حسب شروط هذا المرسوم .

يحرر العقد حسب الشكل الرسمي و يخضع لإجراءات التسجيل و الإشهار وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما .

و خلال الفترة المتفق عليها يحتفظ ديوان الترقية و التسيير العقاري ، بصفته مالك العقار ، بكل حقوقه و التزاماته ، أما المستأجر المشتري فيحتفظ بكل الالتزامات المرتبطة بالمستأجرين،لاسيما في مجال الأعباء

---

(1) - هاني محمد دويدار المرجع السابق ، ص 106 .
(2)- نوال قحموس ، شركة الاعتماد الايجاري في ظل القانون الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق بن عكنون ، سنة 2000/ 2001 ، ص 137 .
(3)- جريدة رسمية عدد 4 مؤرخة في 6 رمضان 1417 هجري الموافق ل15 يناير 1997 .
(4)- جريدة رسمية عدد 25 مؤرخة في 5 صفر 1422 هجري الموافق ل29 أبريل 2001.

المشتركة)

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع عرف عقد البيع الايجاري ، والذي يعتبر بيعا بمقتضاه يؤجل نقل الملكية خلال مدة معينة ، وفي أثناء هذه المدة يوجد إيجار بين البائع المؤجر و المشتري المستأجر (1) كما أقر باحتفاظ المؤجر بملكية العين طيلة الفترة المتفق عليها .

إن احتفاظ البائع المؤجر بالملكية يحقق ضمانا هاما لهذا الأخير(2) ، ذلك أن هذا الوصف يمنع المشتري المستأجر من التصرف في العين قبل الوفاء بالثمن المؤجل أو الأقساط المتفق عليها ، إذ نصت المادة 21 من المرسوم التنفيذي 105/01 المشار إليه آنفا(لا يمكن المستفيد من البيع بالإيجار أن يتنازل عن مسكنه قبل نقل الملكية بصفة شرعية لفائدته) وعليه إذا خالف هذا الحظر أعتبر تصرفه خيانة أمانة يقع تحت طائلة قانون العقوبات ، وتوقع عليه عقوبة التبديد ، ذلك أن عقد الإيجار من عقود الأمانة ، كما أن البائع باحتفاظه بالملكية يمكنه من استردادها من الطرف الآخر عند عدم وفائه بأقساط الثمن ، ويستطيع المؤجر التمسك بحقه كمالك و أن يتذرع بما يخوله من ميزة التقدم و التتبع لكي يحول دون تنفيذ دائني الطرف الآخر على العين واستردادها من التفليسة ، و هو يأمن بذلك من إفلاس المشتري قبل الوفاء بالثمن (3) كما يمكن المؤجر أن يتتبع العين في يد أي شخص كان .

وعليه فان البيع الايجاري يعد وسيلة اتفاقية هامة لضمان حق البائع في استفاء الثمن نظرا لما يلعبه الاحتفاظ بالملكية من دور هام في مجال الضمان .

إلا أن الأمر لا يقتصر عند هذا الضمان ، ذلك أن المشرع إعتبر في المرسوم التنفيذي رقم 97 - 35 أن عدم تسديد المستأجر لستته استحقاقات شهرية متتالية ، و بعد إنذارين يعتبر عقد البيع الايجاري ملغى وتعتبر المبالغ المدفوعة إيجارات مسبقة .

---

(1) - يجب إبرام هذا العقد وفقا للشكل الرسمي و يجب إتباع إجراءات التسجيل و الإشهار .

(2)- لقد نصت المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ 23 ابريل2001 ، الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كيفيات ذلك على (تنتقل ملكية السكن المعني وفقا للقواعد المعمول بها بعد تسديد ثمن المسكن بكامله).

(3)-Planiol et Ripert, Traite pratique de droit civil ,2éme édition, N17, Douai, 30 juillet 1987, R, proc, Coll, p304.

ولتفعيل دور هذا الجزاء ، فان المشرع نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 97 ـ 35 المشار إليه آنفا على ضرورة النص على هذه الأحكام صراحة ضمن العقد المبرم بين المؤجر و المستأجر، تحت طائلة بطلان العقد .

يتضح من كل ما سبق أن شرط الاحتفاظ بالملكية يشكل ضمانة هامة سواء في عقد البيع المؤجل الثمن المنصوص عليه في المادة 363 من القانون المدني ، أو في العقود الحديثة التي أوجدتها التطورات الاقتصادية كالاعتماد الايجاري و البيع الايجاري .

المبحث الثاني: آثار شرط الاحتفاظ بالملكية

يكون عقد البيع عملية بسيطة ، عندما يتم المتعاقدان تنفيذ التزاماتهما عقب اتفاقهما ، إلا أنه و نظرا لحاجة المعاملات التجارية ، يحدث أن يتم تأجيل الوفاء بالثمن ، أمام هذا الوضع المحفوف بمخاطر احتمال عدم قدرة المشتري على الوفاء بالثمن، يفرض على البائع اللجوء إلى اشتراط احتفاظه بملكية المبيع إلى حين استيفاء الثمن بالكامل .

خلال الفترة الممتدة بين إبرام العقد و حلول الأجل أو الميعاد المتفق عليه للوفاء ،قد تعرف المراكز القانونية للأطراف تغيرات حاسمة، فقد يكون المشتري تاجرا ويتوقف عن دفع ديونه ، فيتعرض لنظام جماعي (الإفلاس والتسوية القضائية) و الذي يؤدي إلى حلول أجل جميع الديون، وغل يد المشتري عن التصرف في أمواله ، كما قد يحدث أن يقوم المشتري بالتصرف في المبيع (منقول) لمشتري ثاني حسن النية ، و يتمسك هذا الأخير بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية. هذا و قد يهلك المبيع خلال الفترة الممتدة بين إبرام العقد و الوفاء بالثمن ، و يكون المشتري قد تسلم المبيع .

هذه الأوضاع ، توثر حتما على المركز القانوني للبائع ، فهل شرط الاحتفاظ بالملكية قادر على حماية هذا المركز؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل ، تقتضي منا دراسة آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين المتعاقدين (المطلب الأول)، و من ثم آثار الشرط في مواجهة الغير(المطلب الثاني)

المطلب الأول: آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين المتعاقدين

يرتب عقد البيع بمجرد انعقاده التزامات على عاتق كل من البائع والمشتري، وكل التزام في حد ذاته هو حق للطرف الآخر. فالبائع يلتزم بنقل الملكية ، يلتزم بالتسليم ، الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق والالتزام بضمان العيوب الخفية . وبالمقابل من ذلك فإن المشتري هو الآخر يلتزم بدفع الثمن ومصاريف البيع وتكاليف المبيع وكذا تسلم المبيع.

لكن نلاحظ في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية إلى حين استيفاء كامل الثمن ، يؤدي إلى عدم انتقال الملكية إلى المشتري قبل الوفاء بجميع عناصر الثمن المتفق عليه . ومنه فإننا نكون أمام وضع أو موقف خاص يختلف في أبعاده و مضمونه عن العلاقة العادية التي تتولد عن عقد البيع البسيط.

لبيان هذه الخصوصية فإننا نعالج موضوع آثار شرط الاحتفاظ بالملكية ، ضمن عنصرين ، نتناول في القسم الأول حقوق والتزامات البائع(الفرع الأول) وفي القسم الثاني حقوق والتزامات المشتري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حقوق والتزامات البائع

لقد جعل المشرع من شرط الاحتفاظ بالملكية وسيلة للضغط على المدين ، وحمله على أداء التزامه المتمثل في دفع الثمن ، ذلك أن احتفاظ البائع بالشيء المبيع سيحرم المشتري حتما من الاستفادة منه، وبالتالي فإنه سيسعى إلى تنفيذ التزامه ليحصل على المبيع .

هذا التحليل سليم إذا فرضنا أن البائع لم يقم بتسليم المبيع إلى المشتري ، لكن الإشكال يثور إذا قام البائع بتسليم الشيء المبيع(1) ، فهل عملية التسليم تغير من مراكز الأطراف أم أن الاحتفاظ بالملكية كافي لحماية مركز الدائن (البائع) الذي خرج المبيع من تحت يده ؟

للإجابة على هذا التساؤل ، نتناول في العنصر الأول حقوق البائع (أولا) ، وفي العنصر الثاني التزاماته (ثانيا)

(1)- إن المشرع نص صراحة في المادة 363 من القانون المدني على إمكانية تسليم المبيع إلى المشتري في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية.

أولا: حقوق البائع

يظل البائع الذي اشترط الاحتفاظ بملكية المبيع لحين استفاء الثمن ، المالك الوحيد له ، وتكون ملكيته للشيء المبيع ملكية خالصة ، ولا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد الوفاء بكامل الثمن ، فإذا كان الشيء لا يزال في حيازة البائع (المالك) أي قبل تسليمه للمشتري فتكون له سلطة استعماله واستغلاله وحتى التصرف فيه .

وإذا قام البائع بالتصرف في المبيع الذي باعه مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، سواء كان تصرفه ماديا أو قانونيا ، فان تصرفه يعد صحيحا ، لأنه يتصرف في شيء مملوك له. هذا طالما اعتبرنا أن البيع معلق فيه انتقال الملكية على شرط واقف .أما إذا اعتبرنا أن البيع معلقا على شرط فاسخ ، فإن البائع يكون ملزما بعدم التصرف في الشيء ، وذلك حتى لحظة تحقق الشرط ، ذلك أن الأخذ بالشرط الفاسخ يترتب عليه نقل ملكية الشيء إلى المشتري منذ لحظة تكوين العقد (1)

ثانيا: التزامات البائع

يلزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت العقد (2) ، ومن ثم يتعين المحافظة عليه وتسليمه بالحالة الموجود عليها .

كما يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري في الزمان والمكان المتفق عليهما، ذلك أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية لا يمنع عملية تسليم المبيع للمشتري، وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في المادة 363 من القانون المدني الفقرة الأولى (ولو تم تسليم الشيء المبيع).

وعليه إلى حين سداد الثمن يبقى البائع محتفظا بالملكية، وإن تم تسليم المبيع للمشتري فإن هذا الأخير لا يعتبر سوى واضع يد أو مجرد حائز عرضي (3)

---

(1)- حمد الله محمد حمد الله ، حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص35.
(2)- تنص المادة 364 من القانون المدني (يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع)
(3)- **محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، طبعة 2007.
مرجع سابق ص 109.

هذا ومن حق البائع استفاء ثمن المبيع من المشتري في الزمان والمكان المتفق عليهما ، وفي مقابل ذلك يلتزم البائع بضمان خلو المبيع من العيوب الخفية ، وبضمان التعرض والاستحقاق وفقا للقواعد العامة .

كما يحق للمشتري المطالبة باستلام الشيء المبيع بالحالة المتفق عليها(1)، وفي الزمان والمكان المتفق عليهما، و إذا تم و أن تسلم المشتري المبيع المحتفظ بالملكية ، فالبائع رغم تخليه عن الحيازة يظل هو المالك ، ويكون من حقه استغلاله و تلقي ثماره بل و التصرف فيه ، إذ أن انتقال الحيازة للمشتري يؤدي إلى حرمان البائع من مكنة الاستعمال فقط ، و ليس للمشتري كمجرد حائز عرضي ممارسة أي مكنة من مكنات حق الملكية على المبيع كأصل ، وعليه فإنه لا يستطيع ما لم يوجد اتفاق مخالف، استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه ، وإذا تصرف بالمخالفة لذلك قبل سداد الثمن تعرض للجزاء المدني المتمثل في الفسخ أو التعويض أو كلاهما (2) .

يكون لدائني البائع الحق في توقيع الحجز على المبيع بتطبيق قواعد حجز ما للمدين لدى الغير، باعتبار المبيع يدخل ضمن أحد عناصر الذمة المادية لمدينهم ، ولا يكون لدائني المشتري هذا الحق ، ويجوز للبائع الاعتراض على الحجز الموقع من قبلهم .

في الحقيقة إن تحديد المركز القانوني للمشتري لا يكون إلا بمعرفة الطبيعة القانونية لحق المشتري على المبيع في الفترة الممتدة إلى حين الوفاء بالثمن كله ، و ما إذا كان هذا الحق حقا شخصيا أم عينيا ؟

يرى البعض ، أن المشتري ما دام من الناحية القانونية ، ليس له أي سلطة مباشرة على المبيع في فترة احتفاظ البائع بملكية المبيع ، فهو ليس مالكا للمبيع ، بل لا يتمتع حتى بالحيازة الكاملة ، وإنما هو مجرد حائز عرضي (3)

ومن هنا كان اقتراح البعض ،بأن يلحق بالبيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية ، اشتراط يرخص

---

(1)- في الحقيقة التزامات البائع هي عبارة عن حقوق للمشتري في نفس الوقت، لذا يصعب الفصل بينها.

(2)- لا يمكن متابعة المشتري الذي تصرف في المبيع المحتفظ بملكية، على أساس جريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها في قانون العقوبات ، باعتبار أن عقد البيع ليس من العقود التي تقوم خيانة الأمانة بمناسبتها ، فعقد البيع ليس من عقود الأمانة .

(3) - J .Ghestin, rapport de synthèse , actualité de droit de l’entreprise,op. cit, p291.

للمشتري استعمال المنقولات المبيعة أو استغلالها أو التصرف فيها في إطار نشاط مشروعه المعتاد(1).

فالمشتري في نظر هذا الرأي لا يمكنه أن يمارس أية سلطات على المبيع إلى حين استفاء الثمن كاملا ،إلا بمقتضى حق شخصي ينص عليه بين بنود العقد.

وفي مقابل الرأي السابق ، هناك اتجاه آخر يرى أن السلطات الفعلية التي يتمتع بها المشتري على المبيع ، تشكل حقيقة اقتصادية مصدرها تسليم هذا المبيع من البائع إليه ، وهي بالتالي تخوله حقا عينيا طالما يمكن للمشتري استعمال الأشياء المبيعة .

إلا أن حق الاستعمال هذا ، يختلف - في نظر هذا الرأي - عن حق الاستعمال كحق عيني تقليدي من حيث المضمون ، فهو لا يعطي لصاحبه سلطة مباشرة ونهائية ومؤكدة ، وإنما سلطة قابلة للتأكيد والثبات كلما اقترب المشتري من الوفاء بكامل الثمن (2)

وبالمقابل من ذلك ، فهناك رأي آخر، يرى أنه لا يمكن إنكار أن للمشتري حق ملكية في حالة كمون ، وهذا الحق يتوقف على تمام الوفاء بالثمن ، فهو احتمالي ، إلا أنه ليس احتماليا محضا ، نظرا لاجتماع كل العناصر الرئيسية اللازمة لوجود هذا الحق. ويزداد وجود هذا الحق قوة وأهمية في إطار التطور العادي للعلاقة العقدية بين البائع والمشتري ، وذلك بتعاقب وفاء هذا الأخير للمدفوعات المستحقة للبائع ، وباكتمال الوفاء بالثمن يظهر حق المشتري في ملكية البيع ، وبصورة مستقلة عن إرادة البائع . بل إن هذا الرأي يذهب إلى أبعد من ذلك ، إذ ينادي بإمكانية المشتري في التصرف في هذا الحق بحرية ، باعتبار أن هذا الحق الكامن للمشتري له قيمة مالية ، ويمثل جزءا من ذمته المالية، إلا أن المتصرف إليه لن يحصل على هذا الحق إلا محملا وخاضعا لذات الشرط، ، كما كان الوضع في ذمة المتصرف(3) أي أن شرط

---

(1)- حسين الماحي، أثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني، مرجع سابق، ص 27، نقلا عن:
Regine Juan, Conseils pour la rédaction d'une clause de réserve de propriété, Gaz .Pal, 1981-1-doct-p11.

(2)- حسين الماحي، أثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني، مرجع سابق، ص 28.

(3)- حسين الماحي، المرجع السابق، ص 29، نقلا عن :
Théophile Margellos, la protection de vendeur à crédit d'objets mobiliers corporels à travers la clause de réserve de propriété ,L.G.D.J,1989,p84 ets .

الاحتفاظ بالملكية ، يسري حتى على المتصرف إليه(1)

وفي اعتقادي أن الحل، هو إعمال إرادة الأطراف، أي ما أتفق عليه الأطراف، ولذا فمن مصلحة البائع أن يحدد بشكل دقيق السلطات التي يخولها البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية للمشتري. بل إن الأفضل له أحيانا- وخاصة في مجال بيع المنقولات المادية فيما بين التجار- أن يمنحه حق الاستعمال والاستغلال ، إذ آن هذا سيمكنه من تسيير مشروعه ، وقد يكون ذلك ضروريا لتمكين المشتري من الحصول على الثمن المستحق من طرف البائع.

و تجدر الإشارة إلى أن طبيعة بعض العقود تفرض على الدائن منح المدين حق الانتفاع ، كما هو الحال عليه بالنسبة لعقد الاعتماد الايجاري ، إذ أن المشرع نص صراحة على تمتع المستأجر بحق الانتفاع بالأصل المؤجر ابتداء من تاريخ تسلم الأصل (2)

الفرع الثاني : حقوق و التزامات المشتري

إن احتفاظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان ، لا يمنع هذا الأخير من تسليم المبيع إلى المشتري ، حيث أجازت ذلك المادة 363 الفقرة الأولى من القانون المدني صراحة بنصها(إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولوتم تسليم الشيء المبيع) . بل إن حاجة المعاملات التجارية قد تفرض تسليم المبيع إلى المشتري ، كما لو كان هذا الأخير تاجرا وتعلق الأمر بآلات وأجهزة أو بضائع لازمة لسير نشاط مشروعه ، كما أن مصلحة البائع أحيانا تقتضي تسليم المبيع إلى المشتري ، حيث يتمكن من استغلاله والحصول على ثماره وبالتالي الوفاء بالثمن.

إن تسليم المبيع إلى المشتري وانتفاعه به ، يثير التساؤل حول تبعة هلاك المبيع في الفترة ما قبل الوفاء

---

(1)- هناك من الفقهاء أمثال Michelle Pedamon من يعتبر أن هذا الموقف يوفق بين الحقيقة الاقتصادية والقانون، فبماذا يفيد تسليم المبيع إلى المشتري خاصة إذا تعلق الأمر ببضائع ومعدات وأجهزة، إن لم يكن في استطاعة المشتري استخدامها في تسيير نشاطه المهني كي يتمكن من سداد ثمنها وفضلا عن ذلك فإن هذا الحل يراعي الجوانب النفسية للمشتري، والذي يعتبر نفسه مالكا للبضائع المشتراة وليس حائزا عرضيا .

(2)- نصت المادة 29 من الامر رقم 09/96 على(يتمتع المستأجر بحق الانتفاع بالأصل المؤجر بمقتضى عقد اعتماد إيجاري ابتداء من تاريخ تسليم الأصل المؤجر من قبل المؤجر و المحدد في العقد)

بالثمن . فهل يغير شرط الاحتفاظ بالملكية حكم القواعد العامة ؟ كما يثور التساؤل حول اللحظة التي ينتقل فيها المبيع إلى المشتري .

إن الإجابة على هذا التساؤل ، تقتضي منا دراسة تحمل تبعة هلاك المبيع (أولا)، ومن ثم دراسة لحظة انتقال ملكية المبيع إلى المشتري (ثانيا)

أولا : تحمل تبعة هلاك المبيع

من بين المسائل الهامة التي قد تثور أثناء المرحلة الممتدة ما بين لحظة انعقاد العقد إلى حين تحقق شرط الوفاء بالثمن كله ، مسألة تبعة الهلاك . فإذا ما حدث هلاك أو تلف للمبيع خلال هذه الفترة ، من يتحمل تبعة ذلك ؟

ينبغي بادئ ذي بدء الإشارة إلى أن المقصود بتبعة الهلاك، هو تحمل نتائج فقد أو تلف الشيء بصفة كلية أو جزئية .

فبالرجوع إلى نص المادة 369 من القانون المدني والتي تنص (إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذرا المشتري بتسليم المبيع)

نلاحظ أن المشرع يربط كمبدأ ، بين تبعة هلاك الشيء وتسليمه ، بصرف النظر عن وقت انتقال الملكية ، ولا يتحمل المشتري تبعة هلاك الشيء بقوة قاهرة إذا لم يكن قد تسلمه أو اعذره البائع لاستلام المبيع .

هذا وقد نصت المادة 370 من القانون المدني (إذ نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع ، وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن)

نلاحظ من خلال هذا النص ، أنه إذا نتج هلاك المبيع جزئيا بسبب أجنبي ، فإن الهلاك يتحمله البائع ولكن المشرع راعى في ذلك جسامة الهلاك بحيث وضع النص حكمين مختلفين :

- حكم الهلاك الجزئي الجسيم، فللمشتري في هذه الحالة طلب الفسخ واسترداد الثمن إذا كان قد دفعه، أو عدم دفعه إن لم يكن ذلك قد تم ، كما له الحق في الاحتفاظ بالمبيع وطلب إنقاص الثمن .

- حكم الهلاك الجزئي غير الجسيم ، ففي هذه الحالة ليس للمشتري سوى المطالبة بإنقاص الثمن دون طلب الفسخ .

فموقف المشرع الجزائري يتسم بالمنطقية ، ذلك أن ربط تبعة الهلاك بالتسليم في العقود الناقلة للملكية كالبيع، موقف سليم ومن ثم تقع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على البائع، ولو كانت ملكيته قد انتقلت إلى المشتري قبل الهلاك .

هذا وفقا لما هو وارد ضمن القواعد العامة المتعلقة بالتسليم .

لكن التساؤل الذي يثور في هذا المقام: هل يؤثر شرط الاحتفاظ بالملكية على قواعد تبعة هلاك المبيع؟ باعتبار أن العبرة في القانون الجزائري في تحديد تبعة الهلاك تكون بالتسليم دون الملكية ، فلا يثير تطبيق هذا المبدأ أية صعوبة في حالة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية. فإذا هلك المبيع الذي يحتفظ البائع بملكيته قبل تسليمه للمشتري ، تحمل البائع تبعة هذا الهلاك، وينفسخ البيع ويسقط التزام المشتري بدفع الثمن، ويمكنه استرداد ما دفعه ، ويمتنع عن دفع ما تبقي منه، والعكس صحيح إذا كان المبيع قد تم تسليمه فعلا رغم احتفاظ البائع بملكيته وهلك فإنه يهلك على المشتري ، أي أن هذا الأخير يتحمل تبعة هلاك المبيع ولا يتحمل ذلك البائع ، ويظل فضلا عن ذلك المشتري ملتزما بدفع كامل الثمن ولا يكون له استرداد ما دفعه هذا بالنسبة للموقف في ظل التشريع الجزائري .

أما عن المشرع الفرنسي ، فإنه يربط تبعة الهلاك بالملكية لا بالتسليم(1)

وذلك سيؤدي حتما إلى نتائج مخالفة لتلك التي رأيناها في القانون الجزائري في حالة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية .

فارتباط تبعة الهلاك بالملكية في القانون الفرنسي ، يؤدي بنا إلى القول بأن البائع يظل متحملا تبعة هلاك المبيع طوال فترة الاحتفاظ بالملكية ، سواء قبل أو بعد تسليمه للمشتري ، أي أن مبدأ تحمل البائع لتبعة

---

(1)- تنص المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي، على أن المشتري يتحمل تبعة هلاك المبيع منذ اللحظة التي تنتقل إليه ملكيته ولو لم يتسلمه بعد .

هلاك المبيع المحتفظ بملكيته لا يتأثر بانتقال حيازته إلى المشتري ، حيث لا يؤثر التسليم على هذا المبدأ.

إلا أن هناك من انتقد هذا الاتجاه ، حيث يصعب القول باستمرار تحمل البائع لتبعة هلاك المبيع بالرغم من قيامه بتنفيذ التزامه بتسليمه للمشتري للانتفاع به وفقده كل سيطرة عليه ، لذا حاول هذا الجانب من الفقه أن يستشف من عقد البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية إتجاه إرادة الأطراف ضمنا إلى نقل عبء المخاطر على عاتق المشتري(1) .

لذا في رأينا انه من مصلحة البائع تضمين عقد البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا آخر، يقضي بتحمل المشتري عبء هلاك المبيع منذ لحظة تسلمه رغم عدم تملكه إياه ، خاصة وأن القواعد المتعلقة بتبعة الهلاك هي قواعد مكملة(2)

ذلك أن تحميل البائع لتبعة الهلاك، حتى وان قام بتسليم المبيع إلى المشتري ، فإن ذلك يؤدي إلى إهمال هذا الأخير- أي المشتري - العناية بالمبيع والمحافظة عليه ، طالما أن تبعة الهلاك تكون على البائع.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه وفي الميدان التجاري ، غالبا ما تتضمن عقود التجار أو العادات التجارية ، تعديلا للنظام القانوني المطبق في موضوع تبعة الهلاك ،ذلك أن هذا النظام ليس إلا مكملا لإرادة الأطراف .

ثانيا: لحظة انتقال ملكية المبيع إلى المشتري

إن مصير شرط الاحتفاظ بالملكية يتوقف في حقيقة الأمر على قيام المشتري بالوفاء بالثمن من عدمه.

و الغالب أن يتم تعيين الثمن مباشرة بواسطة طرفي العقد ، باعتبار أنهما خير من يقدران ظروف الصفقة المبرمة بينهما ، و مقدار ما يتكبده كل طرف من مشقة وكلفة ، و ما قد يعود عليه من ربح و منفعة . فلا يستقل البائع بتعيين الثمن ، لأنه قد يبالغ فيه فيغبن المشتري ، ولا يستقل به المشتري لأنه قد يبخس الثمن

---

(1)- **J.Ghestin, J .C .P 1981,11,p196, n15.**

(2)- **نشير إلى أن القانون الفرنسي المؤرخ في 12 ماي 1980 المنظم لشرط الاحتفاظ بالملكية ، لم ينظم هذه المسألة - أي مسألة تبعة الهلاك - مما يعني تطبيق القواعد العامة الواردة في القانون المدني.**

فيغبن البائع (1)

فإذا تم سداد الثمن كاملا - في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية - انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري بأثر رجعي من وقت إبرام البيع ، و تصبح التصرفات التي صدرت من المشتري نافذة منذ البداية ، كأن يتصرف فيه بالبيع أو الرهن مثلا، فتنتقل ملكيته إلى المشتري الثاني ، و ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن مع وقت إبرام عقد الرهن مع المشتري، كما تصبح ثمار المبيع ملكا للمشتري منذ إبرام العقد ، و هذا ما يستشف من المادة 336 الفقرة الرابعة من القانون المدني التي نصت صراحة (و إذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع).

فبالرجوع إلى المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ 23 ابريل2001 ، الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كيفيات ذلك، و التي تنص (تنتقل ملكية السكن المعني وفقا للقواعد المعمول بها بعد تسديد ثمن المسكن بكامله) نجد أن مناط انتقال الملكية من المؤجر (البائع) إلى المستأجر (المشتري) في عقد البيع الايجاري، هو تسديد الثمن كاملا . و هنا نشير إلى أن المشرع يعترف لورثة المستفيد في حالة وفاته بأن يتمسكوا بحقوق مورثهم المرتبطة بالمسكن موضوع البيع بالإيجار، كما يتحملون التزامات مورثهم في هذا المجال و هذا ما جاء في نص المادة20 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المشار إليه أعلاه(2)

إذا أهمية واقعة الوفاء بالثمن ، تتجلى من خلال ارتباطها بواقعة أخرى، و هي انتقال الملكية ، حيث تتحدد لحظة الانتقال بتمام سداد الثمن.

هذا و يلتزم المشتري وفقا للقواعد العامة، بدفع الثمن المتفق عليه ، بالشروط التي يقررها الاتفاق ، و يتحمل النفقات و المصاريف (3)

---

(1)- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، العقود التي تقع على الملكية ، البيع و المقايضة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان ، طبعة 2000، ص 370.

(2)- هذا الحكم يشكل خروجا عن القاعدة التي مفادها ان الورثة لا تنتقل اليهم سوى الحقوق، في حين نلاحظ ان المادة نصت صراحة على انتقال الخصوم والأصول.

(3)- تنص المادة 359 من القانون المدني (إن نفقات تسليم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك)، كما أن المادة 393 من القانون المدني نصت (إن نفقات التسجيل و الطابع و رسوم الإعلان العقاري و التوثيق و غيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك)

و يكون الثمن مستحق الوفاء في مكان و زمان تسليم المبيع، وإلا وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت استحقاق الثمن ،كل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف (1)

و عليه في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، فان إتمام المشتري الوفاء بالثمن يستتبع نقل ملكية المبيع بقوة القانون من البائع إلى المشتري ، و ذلك دون حاجة لإجراء أو تصرف معين من قبل الأطراف .

و عليه إذا ما بقي جزء من الثمن مستحقا في ذمة المشتري و لو كان ضئيلا ، ضل البائع محتفظا بملكية المبيع .

هذا و قد يحدث أن يوفي المشتري بالثمن كاملا ، إلا أن الملكية لا تنتقل إليه رغم ذلك ، كأن يشترط البائع أن يكون انتقال الملكية لا يتوقف فقط على إتمام الوفاء بالثمن ، و إنما يتوقف على تسوية ديون أخرى في ذمة المشتري للبائع أو للغير، و مثل هذا الاتفاق يؤدي إلى توسيع نطاق أو مجال تطبيق شرط الاحتفاظ بالملكية .

إلا أن هناك من يعتبر أن توسيع مجال شرط الاحتفاظ بالملكية ، بتوظيفه لضمان ديون ناتجة عن تصرفات أخرى غير عقد البيع يفقد شرط الاحتفاظ بالملكية خصوصيته ، و تقربه من أشكال أخرى للتأمينات العينية .

فهذا المفهوم يخرج عن إطار الوظيفة الخاصة لشرط الاحتفاظ بالملكية ، و التي تتمثل في اعتبار هذا الشرط آلية تحقق نوعا من الضمان الذي يفوق في فعاليته التأمينات العينية التقليدية(2)

بالفعل فإن الملكية لم تعد غاية في ذاتها ، و إنما أصبحت وسيلة لتحقيق غاية أخرى وهي الضمان.

وتجدر الإشارة إلى أن المشتري إذا تخلف عن سداد الثمن في الموعد المحدد له ،فإن الملكية لا تنتقل إليه، بل تظل للبائع منذ البداية ، و لهذا الأخير – البائع – أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري و الاحتفاظ

---

(1)- تنص المادة 387 من القانون المدني (يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .
فإذا لم يكن ثمن البيع مستحقا وقت تسليم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن للمشتري وقت استحقاق الثمن)
(2)- حسين الماحي ، آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني ، مرجع سابق، ص 39 ، 40 .

بما يكون قد تقاضاه من أقساط الثمن على سبيل التعويض، إذا كان هناك شرطا بهذا الصدد و يخضع لرقابة القضاء بطبيعة الحال ، و هذا ما قضت به المادة 363 الفقرة الثانية من القانون المدني بنصها (فإذا كان الثمن يدفع أقساطا، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استفاء جميع الأقساط. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 224)

أما إذا كان المبيع قد تم تسليمه إلى المشتري فإن البائع يملك مجموعة من الوسائل التي تساعده على استفاء حقه ، فله أن يتمسك بفسخ البيع و استرداد المبيع مع الحق في التعويض طبقا للقواعد العامة ، كما يستطيع التمسك بالعقد و يطالب بتنفيذه، كما له الحق في استرداد المبيع مباشرة باعتباره المالك له،و يكون في هذه الحالة أمام دعوى استحقاق ، يطالب فيها المالك بملكية المبيع التي يظل محتفظا بها رغم تعاقده عليه بالبيع .

يتضح مما سبق أن البيع مع الاحتفاظ بملكية المبيع ، هو بيع بات و تام ينتج كافة آثار البيع العادي ، إلا أن خصوصية هذا العقد تظهر من خلال ارتباط انتقال الملكية بالوفاء بالثمن ، الأمر الذي يشكل وسيلة ضغط في يد الدائن يستعملها من أجل الوصول إلى الوفاء بحقه.

إذا كانت هذه أثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين الأطراف فإن الأمر لا يقتصر عند هذا الحد ، ذلك أن هذا الشرط له آثار في مواجهة الغير.

المطلب الثاني : آثار شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير

إن الدور التأميني لشرط الاحتفاظ بالملكية ، يتمثل في استعمال هذا الشرط كوسيلة للضغط على المدين (المشتري) و حمله على تنفيذ التزامه المتمثل في الوفاء بالثمن ، بعبارة أخرى إن هذا الشرط يلعب دورا هاما في حث المشتري على السداد ، كي يتحرر من القيود المفروضة عليه في الانتفاع والتصرف في المبيع ، و جمع مكنات حق الملكية كاملة بين يديه . إن هذا الدور التأميني يبدو واضحا ، إذا اقتصر الأمر

على العلاقة بين البائع و المشتري ، إلا أن التساؤل الذي يطرح ، هل شرط الاحتفاظ بالملكية يحقق الحماية للبائع ، أمام ما قد يترتب للغير من حقوق على المبيع نظرا لما ينشأ من وضع ظاهر؟

إن معرفة آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير ، تقتضي منا التعرض لنفاذ الشرط قبل الدائنين (الفرع الأول) و من ثم آثار الشرط قبل المتصرف إليه (الفرع الثاني)

الفرع الأول : نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين

إن فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة لضمان حق البائع في الثمن ، يأتي من إمكانية استرداده للمبيع في حالة تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن.

إن هذا الاسترداد لا يثير أي إشكال إذا ما بقي المبيع بين يدي المشتري المتقاعس عن الدفع، كما أن الإشكال لا يثور إذا تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته، ذلك أن تصرفه في هذه الحالة يعد تصرفا في ملك الغير، إذ يجوز للبائع الأصلي استرداده من المتصرف إليه، ما لم يكن المبيع منقولا وحازه هذا الأخير بحسن نية. كما أن دائني المشتري إذا قاموا بالحجز على أموال المشتري المدين، وكان من ضمنها المبيع المحتفظ بملكيته، فإن البائع يمكنه أيضا ممارسة دعوى الاسترداد لأن ملكية المبيع لم تنتقل بعد للمشتري المحجوز عليه.

إن الإشكال يثور عندما يتوقف المشتري عن الدفع بسبب الإفلاس ، بحيث تتعارض مصلحة البائع في استرداد المبيع مع مصلحة باقي الدائنين، فهل شرط الاحتفاظ بالملكية قادر على الوقوف لصالح البائع، أم أن فعالية هذا الشرط تضمحل أمام قواعد الإفلاس الصارمة ؟

للإجابة على هذا التساؤل فإننا نتطرق لمدى إمكانية الاحتجاج لشرط الاحتفاظ بالملكية في هذا الوضع (أولا) ومن ثم نتطرق لشروط ممارسة دعوى الاسترداد(ثانيا)

ولكن قبل الخوض في هذا المضمار، فانه تجدر الإشارة إلى أن خلو المنظومة القانونية من تنظيم لشرط الاحتفاظ بالملكية على غرار التشريعات الأجنبية ، يدفعنا إلى محاولة معرفة الوضع في ضل القانون المقارن .

أولا: مدى نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين في حالة إفلاس المشتري

بالرجوع إلى نص المادة 307 من القانون التجاري ، و التي تنص (لا تجوز ممارسة حق الامتياز و دعوى الفسخ و حق الاسترداد القائم لصالح بائع الأموال المنقولة ضد جماعة الدائنين إلا في حدود الأحكام التالية) و كذا المادة 308 و التي تنص (يجوز استرداد البضائع التي فسخ بيعها قبل الحكم بالتسوية القضائية أو بالإفلاس سواء كان هذا بحكم قضائي أم جراء شرط فسخ اتفاقي ، و ذلك مادامت هذه البضائع قائمة عينا كلها أو بعضها .

و يتعين أيضا قبول الاسترداد رغم الحكم بفسخ البيع أو تقرير وجوده بمقتضى حكم قضائي تال للحكم بالتسوية القضائية أو الإفلاس ، و ذلك متى كانت دعوى الاسترداد أو الفسخ قد رفعها البائع ،الذي لم يستوفي الثمن قبل الحكم المنشئ)

نلاحظ أن تطبيق هذه القواعد ينقص من فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية، إذ أن المشرع قيد ممارسة دعوى الاسترداد من البائع الذي لم يستوفي الثمن بشرط زمني يتمثل في ضرورة ممارستها قبل الحكم بشهر الإفلاس (1)

فضلا عن ذلك فإننا نرى أن هذه القواعد لا تتعلق باسترداد المبيع الذي احتفظ البائع بملكيته في عقد البيع،و إنما تتعلق ببيع عادي انتقلت فيه الملكية إلى المشتري بمجرد إبرام العقد، وبقي الوفاء بالثمن مؤجلا .

إن فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان تظهر بشكل واضح ضمن أحكام عقد الاعتماد الايجاري، إذ

---

(1)- هذا إذا تعلق الأمر، بمنقول أما إذا ورد شرط الاحتفاظ بالملكية في التصرف المتعلق بالعقار ، وتم شهره فانه يسري قبل الكافة.

نصت المادة 22 من الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على (في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء، تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار ، أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر، لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الامتيازيين مهما كان وضعهم القانوني و صفتهم ، سواء أخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي) يتضح من نص هذه المادة، أن هذا الشرط يقف بشكل فعال في مواجهة دائني المستأجر ، بحيث أن المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري من خلال هذا الشرط سيضمن عدم التنفيذ على العين المؤجرة ، و هذا الحكم بقوة القانون، حتى و إن كان دائني المستأجر قد تعاملوا مع هذا الأخير على أساس الوضع الظاهر (بحسن نية) ، و هذا سيؤدي حتما إلى منح الائتمان بكل ثقة .

لذا في رأينا لو أن المشرع يأخذ بهذا الحكم الخاص و يجعل منه قاعدة عامة تطبق في كل عقد تضمن شرط الاحتفاظ بالملكية، لأن عدم تنظيم هذا الشرط سيؤدي حتما إلى إضعاف الضمان الذي يحققه.

إن هذا النقص في التشريع الوطني ، يدفعنا إلى بحث المسألة في التشريعات الأجنبية ، ودراسة اتجاهاتها الحديثة ، ذلك أن الدراسات المقارنة لها دورا حيويا في تطوير السياسة التشريعية للقانون الوطني(1)

لذا سنحاول دراسة الموضوع في ضل القانون الفرنسي، الذي عرف تقدما في هذا المجال.

فقد شهد التنظيم القانوني الفرنسي في مجال الإفلاس تطورا ملحوظا ، إذ كان لضغط الأزمات الاقتصادية والاجتماعية من ناحية ، و الرغبة في الانتعاش الاقتصادي تأثيرا ملموسا على السياسة التشريعية الفرنسية ، في تنظيم الإجراءات الجماعية المطبقة على الأفراد والمشروعات المتعثرة أو المتوقفة عن الدفع . ذلك أن الحفاظ على المشروع و إنقاذه من عثرته، والإبقاء على فرص العمل التي يوفرها للمستخدمين فيه ، أصبحت أولويات تشغل اهتمام المشرع الفرنسي على حساب تسوية حقوق الدائنين ، الأمر الذي يدفع بهؤلاء إلى البحث عن ضمان فعال قادر على مواكبة هذه الأوضاع .

---

(1)- إن أهمية الدراسات المقارنة ، لا تقتصر على المستوى النظري ، بل تتعدى ذلك إلى المستوى العملي ، فرجال الأعمال مثلا يهمهم معرفة القوانين السارية في دول المتعاملين معهم ، كي يقدروا الضمانات التي يتمتعون بها إذا ما طبق أي من هذه القوانين على المنازعات التي تنشأ بصدد تعاملاتهم.

وما يعنينا في هذا المقام هو مركز البائع عندما يتوقف المشتري عن الدفع ، وبالتالي عندما يخضع لإجراء من الإجراءات الجماعية ، وفي هذا الصدد تبدو أهمية شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للبائع .

فالبائع الذي يحتفظ بالملكية لحين الوفاء بالثمن يتمتع بمركز متميز، هذا المركز استحدثه المشرع الفرنسي بمقتضى القانون الصادر في 12 ماي 1980 ، حيث تجيز المادة الأولى للبائع الحق في استرداد المنقولات إذا لم يستوف حقه في الثمن متى كان البيع يتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية ، حيث جاء في نصها (يمكن استرداد البضائع طالما بقيت على طبيعتها الموجودة لدى المدين ، سواء على سبيل الوديعة أو بقصد بيعها لحساب المالك و نفس الشيء بالنسبة للبضائع التي بيعت مع اشتراط عدم انتقال ملكيتها إلى المشتري إلا بعد سداد كامل الثمن على أن يكون هذا الشرط قد تم الاتفاق عليه في صورة مكتوبة بين الأطراف في وقت لا يتجاوز لحظة تسليم المبيع(1)

وبالتالي فإن البائع يستطيع استرداد البضاعة التي احتفظ بملكيتها كتابة قبل التسليم إذا تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن ، و يظل حق البائع في الاسترداد قائما حتى بعد صدور الحكم بشهر إفلاس المشتري ، و يخرج البائع بذلك من وطأة مزاحمة الدائنين .

إذن شرط الاحتفاظ بالملكية يعد ضمانة هامة للبائع في مواجهة المشتري الذي يخاطر دون وعي في الاستدانة ، إذ يمكن للبائع أن يسترد المبيع بمجرد تقاعس المشتري عن الوفاء بالثمن .

و لكن السؤال الذي يطرح في هذا المقام ، ما هي الدوافع التي أدت بالمشرع الفرنسي إلى الخروج عن قاعدة الوضع الظاهر التي يرتكز عليها قانون الإفلاس و التي مؤداها أنه من حق الدائنين التنفيذ على كل الأموال التي يظهر مدينهم أنه مالكا لها ، فضلا عن أن نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة دائني المشتري يشكل خروجا عن قاعدة المساواة بين الدائنين ؟

في الحقيقة إن أسباب هذا الخروج عديدة ، فإذا أخذنا بعدم نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة دائني

---

(1)- **J.C.P.1980,49868.**

المشتري المفلس ، فإن ذلك سيؤدي حتما إلى تعرض المشروعات إلى الكثير من الصعوبات المالية ، نتيجة فقد الموردين ثقتهم في جدوى هذا الشرط ، و بالتالي فإنهم سيمتنعون حتما عن تزويد المشروعات بالبضائع اللازمة بالأجل ، فتتعرض بالتالي لضائقات مالية تؤدي إلى إفلاسها، و ما ينجر عن ذلك من آثار سيئة على الحياة الاقتصادية و الاجتماعية، هذا من جهة ، و من جهة أخرى فإن تنظيم هذا شرط من طرف اغلب تشريعات الدول الأوروبية ، و أمام الاتجاه نحو توحيد تشريعات هذه الدول، جعل المشرع الفرنسي ينظم هذا الشرط ، و الذي يعتبره البعض قد ظهر بمظهر المتأخر عن استيعاب التطور الحديث لمضمون شرط الاحتفاظ بالملكية (1)

و نأمل أن يساير المشرع الجزائري مثل هذه التطورات ، كما فعل المشرع المصري الذي قام بتنظيم هذا الشرط في قانون التجارة الأخير ، ذلك أن تنظيم هذا الشرط سيؤدي إلى تقويته و كثرة اللجوء إليه .

ثانيا: دعوى استرداد البائع للمبيع المحتفظ بملكيته

أجاز المشرع الفرنسي بقانون 12 ماي 1980 الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين و اعترف بفعالية هذا الشرط حتى بعد الحكم بالتسوية القضائية أو بتصفية أموال المشتري المفلس . غير أن نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين ، و التسليم للبائع بحقه في استرداد البضاعة من أموال التفليسة ، يتوقف على تحقق مجموعة من الشروط القانونية :

أ- الكتابة:

طبقا للقواعد العامة ، لا يخضع شرط الاحتفاظ بالملكية لشكلية محددة في إثباته و نفاذه، إلا أن المشرع الفرنسي خرج عن هذه القاعدة و نص صراحة على أنه لا يجوز للبائع طلب استرداد المبيع في مواجهة جماعة الدائنين ، إلا إذا كان هناك اتفاق مكتوب على الشرط قبل تسليم المبيع للمشتري .

و عليه فان الكتابة الصريحة في ضل القانون الفرنسي للشرط لازمة لصحة الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية. و قد سكت القانون الفرنسي عن بيان طبيعة تلك الكتابة ، إلا أن الفقه و القضاء الفرنسيين يتفقان

---

(1)- محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص161 .

على الأخذ بمفهوم الكتابة بالمعنى الواسع و بمفهومها التجاري (1)

فتشمل الكتابة أي مستند تعاقدي يستخدم في العادة في مجال العلاقات التعاقدية التجارية كالفواتير ، العقود النموذجية..

و يهدف المشرع من وجوب كتابة الشرط المذكور إلى استبعاد كل المنازعات و أوجه الغش من جانب البائع أو المشتري مما يضر بجماعة الدائنين ، و يجب إدراج شرط الاحتفاظ بالملكية في مكتوب مما سبق ذكره ، و يشترط ألا تتأخر كتابة الشرط عن لحظة تسليم البضاعة (2)

هذا و يثور التساؤل حول ما إذا كان من اللازم أن تتعدد الموافقات على شرط الاحتفاظ بالملكية ، من جانب المشتري بشأن أو بمناسبة كل عملية على حدة ، أم أنه يكفي صدور موافقة واحدة على الشرط ، تسري على كل المعاملات المستمرة بين البائع و المشتري ؟

إن عدم وجود نص صريح في هذا الشأن ، جعل البعض يذهب إلى الاكتفاء بالكتابة و موافقة المشتري على الشرط مرة واحدة ، و تسري هذه الموافقة على جميع العمليات اللاحقة بينه و بين البائع . إلا أن الراجح هو ضرورة تجديد الكتابة و الموافقة على الشرط من جانب المشتري بمناسبة كل عملية(3)

ب- قيام الاتفاق على الشرط قبل تسليم البضاعة:

لتفادي حالة الغش ، و الإضرار بمصالح جماعة الدائنين ، إستلزم المشرع الفرنسي لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية ، و الاحتجاج به في مواجهة جماعة الدائنين ، أن يكون الاتفاق عليه كتابة قبل تسليم البضاعة للمشتري أو على الأكثر عند التسليم(4)

أي أن شرط الاحتفاظ بالملكية المتفق عليه بعد التسليم ، لا يكون نافذا في مواجهة جماعة الدائنين . لذا من مصلحة البائع الحرص على بيان تاريخ وجود الشرط و لحظة تسليم البضاعة .

---

(1)- **La clause de réserve de propriété , Medef ,Direction des affaires juridiques, juillet 2005,p12 .**

(2)- **Jacques Ghestin, rapport de synthèse , op.cit ,p286.**

(3)- **حمد الله محمد حمد الله ، حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص62 .**

(4)- **Fernand Derrida , la clause de réserve de propriété et le droit de la faillite , actualités de droit de l’entreprise , la clause de réserve de propriété , Paris 1980, T 12, p97.**

ج- عدم خضوع الشرط للشهر:

لا يشترط المشرع الفرنسي لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الغير إجراءات شهر معينة ، حتى وإن كان قانون 12ماي 1980 نص على بعض الإجراءات إذ نصت المادة الثالثة منه بأن البضاعة المبيعة مع الاحتفاظ بملكيتها ينبغي أن تبرز في قيد مستقل من الجانب الايجابي لميزانية المشتري ، ويجب أيضا إبراز الحق الناجم عن هذا المبيع في قيد مستقل من الجانب الإيجابي لميزانية البائع.

إن هذا الشرط أو الإجراء ذي الطبيعة المحاسبية يساعد في إعلام الغير بالشرط ويلقي الضوء على الذمة المالية للمتعاقدين تفاديا للاحتجاج باليسار الظاهر للمدين ، إلا أنه ليس شرطا لنفاذ الشرط قبل دائني المشتري أي لاسترداد المبيع من تفليسة هذا الأخير، وليس للمشتري التمسك بعدم قيد الشرط في ميزانيته للتهرب من استرداد البائع للبضاعة (1)

د- بقاء البضاعة على حالتها في حيازة المشتري:

لقد اشترط القانون 12 ماي 1980 لتمكين البائع من استرداد البضاعة من تفليسة المشتري ، أن يثبت الأول أن البضائع بقيت على حالها (2) أي بالحالة التي كانت عليها وقت استلام المشتري لها .

وعليه فان محل الاسترداد هو البضاعة موضوع عقد البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية ، وليس أية بضاعة أخرى ، فعلى البائع عبء إثبات وجود تلك البضاعة بعينها و بحالتها الأولى ، بل أن الأستاذ (Fernand Derrida) يعتبر أن فشل البائع في هذا الإثبات يفقده حقه في الاسترداد ، حتى ولو كان من الراجح أن المشتري لا يحصل على مثل هذا النوع من البضائع إلا من نفس البائع.

هذا و إن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال : هل يمكن أن يصبح المنقول المحتفظ بملكيته إلى حين استفاء لثمن ، و الذي وضعه المشتري في خدمة عقار يملكه عقارا بالتخصيص ، و ما هو تأثير ذلك على

---

(1)- Claude pérochon , la clause de réserve de propriété,les aspects comptables de la réserve de propriété, actualités de droit de l entreprise ,t 12,Librairies technique, Paris,1980,p145.

(2)-Fernand Derrida, la clause de réserve de propriété et le droit de la faillite , op .cit, p97.

دعوى الاسترداد المخولة للبائع في حالة عدم الوفاء بالثمن ؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تكتسي أهمية بالغة لتعلق الأمر بفعالية شرط الاحتفاظ بالملكية ، إذ ترتبط تلك الفعالية بمدى إمكانية استرداد البائع للمنقول الذي لم يستوفي ثمنه ، ذلك أنه يشترط لممارسة هذه الدعوى أن يتعلق الأمر بمنقول وليس عقار، و أن يظل المبيع محتفظا بحالته العينية أي أن المنقول يبقى على حالته الأولية و أن يظل مستقل غير مندمج بعقار .

في الحقيقة إذا عدنا إلى نص المادة 524 مدني فرنسي فإن المنقول حتى يصبح عقارا بالتخصيص ، يجب أن يكون مملوكا لنفس المالك الذي رصده لخدمة عقاره و استغلاله(1) و من ثم يجب أن يكون رصد المنقول لهذا الغرض قد تم من طرف المالك نفسه ، أي أن يكون العقار و المنقول المرصود لخدمته أو استغلاله ملكا لشخص واحد .

وما دام أن المنقول موضوع الفرض اشتراه مالك العقار بعقد تم تعليق انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن ، فإنه لا يصبح مالكا لهذا المنقول إلا بعد الوفاء بالثمن، ومن ثم لا يمكن أن يكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص قبل سداد الثمن ، و لذلك يجوز للبائع استرداده في حالة عدم استفاء الثمن ، الأمر الذي يبرر فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في هذا الوضع .

و هذا ما يجعلنا نقول أن مجال شرط الاحتفاظ بالملكية- من حيث المبيع - في ظل القانون الفرنسي، هو الأجهزة و الآلات و البضائع التي لا يمكن أن تكون محلا لأية عمليات تؤدي إلى تغيير شكلها أو طبيعتها أو اندماجها في منتوج آخر ، وعليه نستبعد بالدرجة الأولى السلع الاستهلاكية ، لأن هذه الأموال أو السلع ستستهلك بمجرد الاستعمال الأول .

و عليه فان تحويل البضاعة أو اندماجها في بضاعة أخرى ، يترتب عليه عدم جواز استردادها كأن يلتصق بعقار ، فمالك العقار يصبح بالضرورة مالكا للمواد الأولية التي استخدمت في بناء العقار، حيث لا

---

(1) - يقابل هذا النص المادة 683 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري و التي تنص (غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص) .

يمكن فصلها عن ذلك العقار دون تلف ، مثال ذلك الاسمنت الذي يستخدم في بناء المباني .

ه ـ مباشرة دعوى الاسترداد خلال المواعيد القانونية :

إذا أفلس مشتري البضاعة ، وجب على البائع الذي لم يستوف ثمن البضاعة المبيعة وفقا لشرط الاحتفاظ بالملكية ، أن يرفع دعوى استرداد البضاعة خلال مدة معينة، هي أربعة أشهر.

يبدأ سريان هذه المدة من يوم نشر الحكم المفتتح لإجراءات التسوية القضائية أو تصفية الأموال (1)

و عليه إذا لم يرفع البائع دعوى الاسترداد خلال هذه المدة ،فإن الجهة المختصة تقضي بعدم قبول دعواه بسبب رفعها بعد انقضاء الميعاد القانوني .

والجدير بالذكر، أن هذه المدة تقتصر على حالة إفلاس المشتري ، ومن ثم لا يحتج بالمدة المذكورة في علاقته بالمشتري غير المفلس ، ذلك أن مناط ممارسة دعوى الاسترداد في الحالة العادية (مشتري غير مفلس) هو حلول ميعاد الوفاء المتفق عليه في العقد .

ولكن نظرا لكون الحكم بالإفلاس أو التسوية القضائية يستتبع حلول مواعيد الديون المؤجلة ، فإنه يمكن رفع دعوى الاسترداد آنذاك و قبل الموعد الأصلي للوفاء بالثمن.

و إذا توافرت شروط دعوى الاسترداد حكم القاضي برد البضاعة التي لم يتم الوفاء بثمنها إلى البائع باعتباره مالكا احتفظ بملكيتها ، رغم التصرف فيها .

مما سبق نلاحظ أن فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية تزيد وضوحا ، ذلك أن قدرة هذا الضمان على الوقوف في وجه مزاحمة الدائنين في حالة إفلاس المشتري لدليل واضح على فعالية هذا الضمان ، حتى وان كانت ممارسته ـ من خلال دعوى الاسترداد ـ تقتضي توافر شروط محددة فهي تتسم بالبساطة وقلة التعقيد .

---

(1) - **Fernand Derrida .op . cit , p 99 .**

الفرع الثاني : آثار شرط الاحتفاظ بالملكية قبل المتصرف إليه في المبيع .

إن إمكانية تسليم المبيع إلى المشتري في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، يجعل المبيع بين يدي هذا الأخير ، ومن هنا قد يقوم بالتصرف فيه إلى الغير .

الأمر لا يثير صعوبة إذا تعلق الأمر بعقار احتفظ البائع بملكيته إلى غاية الوفاء بالثمن ، ذلك أن إجراءات الشهر تمكن البائع الأصلي من التمسك بملكية المبيع في مواجهة أي متصرف إليه . الإشكال يثور إذا تم التصرف من المشتري و تعلق الأمر بمنقول حازه المتصرف إليه بحسن نية ، ذلك أن استقرار المعاملات يفرض حماية هذا المبدأ (الحيازة في المنقول بحسن نية سند للملكية) ، فهنا نكون أمام مصلحتين متعارضتين ، مصلحة البائع الذي احتفظ بملكية المبيع من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية، و مصلحة المنصرف إليه الذي حازه بحسن نية ، فهل فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية قادرة على الوقوف إلى جانب مصلحة البائع ؟

للإجابة عن هذا التساؤل ، نقوم بدراسة مدى نفاذ التصرفات التي يبرمها المشتري على المبيع المحتفظ بملكيته (أولا) ومن ثم حقوق البائع في حالة تصرف المشتري في المبيع(ثانيا)

أولا : مدى نفاذ التصرفات التي يبرمها المشتري على المبيع المحتفظ بملكيته

إن مؤدى احتفاظ البائع بملكية المبيع ، أن المشتري لا يصبح مالكا له، رغم إبرام عقد البيع ، ومن ثم لا يجوز له قانونا أن يعيد بيعه للغير بمقتضى عقد منجز و بات ، وإذا تصرف المشتري بالمخالفة لذلك وقع البيع قابلا للإبطال لمصلحة المشتري الثاني طبقا لأحكام بيع ملك الغير ، ولا يسري هذا البيع من حيث المبدأ في مواجهة البائع إلا إذا اقره .

إلا أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية ، ذلك أنه إذا تصرف المشتري في المبيع المنقول إلى شخص آخر حسن النية و سلمه إليه ، كان من حق المتصرف إليه التمسك بنفاذ حقه الأصلي استنادا إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، و لا يستطيع البائع الأصلي أن يطلب استرداد المبيع منه استنادا إلى شرط الاحتفاظ بالملكية حتى ولو تم فسخ عقد البيع

المتضمن للشرط (1)

و يعتبر المتصرف إليه حسن النية، طالما لم يكن يعلم بتعلق حق البائع بالمبيع، أي بوجود شرط الاحتفاظ بالملكية ، ذلك أن المشرع لم يفرض أية إجراءات لشهر الشرط . وعبء إثبات سوء نية المتصرف إليه يقع على عاتق البائع الأصلي ، هذا الأخير عليه إثبات علم المتصرف إليه بأن من تصرف له - أي المشتري- لم يكن مالكا العين المتصرف فيها ، و يكون له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات .

و إذا استطاع البائع أن يثبت سوء نية المتصرف إليه جاز له استرداد المبيع ، و لا يكون للمتصرف إليه حق مطالبته بالثمن الذي اشترى به المبيع من المشتري الأول (2)

في الحقيقة إن هذا الوضع ينقص نوعا ما من فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية ، طالما أن البائع يفقد حقه في استرداد المبيع (المنقول) الذي احتفظ بملكيته، و لم يستوف ثمنه في حالة تصرف المشتري فيها إلى الغير حسن النية .

في الواقع إن هذا العجز مرده – بطبيعة الحال – النقص الذي يعتري التشريع الوطني في هذا المجال ، فإن عدم وضع قواعد خاصة تنظم شرط الاحتفاظ بالملكية ، يجعلنا بل يفرض علينا تطبيق القواعد العامة، سيما منها المتعلقة ببيع ملك الغير (3)

إن هذا النقص يدفعنا لمحاولة التقرب من المسألة في القانون المقارن .

فالقانون المصري على سبيل المثال ،حاول تفعيل دور هذا الضمان ، ذلك أن قانون التجارة قرر نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في حق الغير المتصرف إليه ، بشرط ثبوت ذلك الشرط كتابة بتاريخ ثابت و سابق على هذا الحق(4)

و عليه إذا قام المشتري بالتصرف في المبيع إلى الغير، فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق البائع الذي

---

(1)- لا يدخل تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته تحت طائلة التجريم والعقاب، لعدم توافر أركان جريمة السرقة ، النصب ولا خيانة الأمانة باعتبار أن عقد البيع ليس من عقود الأمانة .

(2)- سليمان مرقص، عقد البيع، القاهرة ،1990، ص113.

(3)- انظر المواد 397، 398، 399 من القانون المدني .

(4)- محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص226.

احتفظ بملكية المبيع، وذلك دون حاجة إلى تكليفه بإثبات علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف لعدم وفاء المشتري للثمن بأكمله ، ذلك أن شرط الاحتفاظ بالملكية يسري في مواجهة المتصرف إليه طالما كان ثابت التاريخ في وقت سابق على إجراء التصرف ، ذلك بغض النظر عن حسن أو سوء نيته ، أي أنه لا يمكن التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية .

أما في ظل التشريع الفرنسي ، فإن تصرف المشتري في البضاعة للغير حسن النية يسقط حق البائع في استردادها رغم احتفاظه بملكيتها ، ذلك أن المتصرف إليه يكون قد اكتسب ملكية المبيع استنادا إلى الحيازة مع حسن نية .

إلا أن المشرع الفرنسي خول البائع في هذه الحالة، الحق في أن يقتضي ثمن هذه البضاعة من المتصرف إليه إذا لم يكن قد دفعه للمتصرف [1]

وعليه إذا ثبت قيام المتصرف إليه بدفع كامل الثمن للمشتري ، فإن البائع يكون له حق مطالبة المشتري الأصلي بالوفاء أو تكملة الثمن .

هذا ويطرح السؤال عن مدى إمكانية المشتري ترتيب تأمين عيني على المبيع المحتفظ بملكيته ؟

القاعدة أن صحة الرهن ونفاذه تقتضي أن يكون الراهن مالكا للشيء المرهون ، و مادام المشتري ليس مالكا للمبيع المحتفظ بملكيته لحين استفاء الثمن ، فإن قيام المشتري برهن المبيع لا يكون نافذا في مواجهة البائع، ويجوز له استرداده عند تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن .

إلا أن حق الاسترداد هذا يمكن أن يصطدم مرة أخرى بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية بسبب حيازة الدائن المرتهن للمنقول المبيع بحسن نية ، فهنا الأصل أن البائع لا يمكنه استرداد المبيع المحتفظ بملكيته من بين يدي الدائن المرتهن الذي حاز المبيع بحسن نية، أي يجهل وجود شرط الاحتفاظ بالملكية .

كما أن البائع لا يمكنه ممارسة حق الاسترداد في مواجهة صاحب الامتياز على منقول ، كما لو كان المبيع المحتفظ بملكيته في عقار استأجره ، فثبت عليه امتياز المؤجر وكان هذا الأخير حسن النية .

---

(1)- محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص 229 .

ولهذا نرى أن تفعيل دور شرط الاحتفاظ بالملكية ، يقتضي تنظيم هذه المسالة ، وحسب رأيي فإن الأخذ بالتاريخ الثابت في ورقة مكتوبة ، أو التسجيل إذا تعلق الأمر ببيع منقولات مادية بين تجار، أو وضع لافتات تشير إلى أن المبيع محتفظ بملكيته إلى غاية الوفاء بالثمن ، مثلما يجري به العمل في الرهن الحيازي للمنقولات المادية بين التجار . يعتبر أحسن وسيلة لضمان الوقوف في وجه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

و حسننا ما فعل المشرع المصري إذ أخذ في قانون التجارة بما يعرف بالتاريخ الثابت لشرط الاحتفاظ بالملكية في ورقة مكتوبة ، كما بينا سابقا.

و عليه فإن الدائن لا يستطيع في ظل القانون المصري التمسك بالرهن مثلا، في مواجهة البائع المحتفظ بملكية المبيع المرهون ، ولو كان هذا الدائن حائزا له بحسن نية ، طالما كان شرط الاحتفاظ بالملكية ثابت التاريخ في ورقة مكتوبة قبل حق الدائن (1)

ثانيا: حقوق البائع في حالة تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته

إذا اعتبرنا أن شرط الاحتفاظ بالملكية يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وعليه لا توجد كقاعدة عامة وسيلة قانونية حاسمة تقف إلى جانب مصلحة البائع، وبالتالي منع المشتري من هذا التصرف الذي قد يترتب عليه إهدار حقوق دائنه . لذا على البائع أن يحتاط وأن يتوقع وقوع التصرف .

لقد أسفر العمل عن عدة وسائل أو صيغ يمكن تضمينها البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، فيجوز الاتفاق صراحة بين البائع والمشتري على أنه في حالة إعادة بيع المشتري للمبيع يلتزم هذا الأخير بالوفاء فورا،أي رغم عدم حلول ميعاد الوفاء المتفق عليه.

كما يجوز الاتفاق على أنه في حالة قيام المشتري بالتصرف في البضاعة للغير، فإن المشتري المتصرف إليه يلتزم بالوفاء للبائع الأصلي بدلا من بائعه المباشر (البائع الثاني)(2)

---

(1)- لقد رأينا سابقا، أن المشرع المصري اشترط لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير أن يكون هذا الشرط ثابت التاريخ في ورقة مكتوبة قبل قيام حق هذا الغير، ولا شك أن لفظ الغير هنا ينصرف إلى كل من يكتسب حقا على المبيع يتعارض مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، و من المؤكد أن حق الدائن المرتهن يعد كذلك .

(2)- يعد مثل هذا الاتفاق تطبيقا لقواعد الإنابة الناقصة في الوفاء .

وعليه يكون للبائع الأصلي مدينان بنفس الدين ، وهما المشتري الأول والمشتري الثاني، ويجوز الاتفاق على أنه في حالة إعادة بيع البضاعة بثمن مؤجل يتم تحرير هذا الثمن في ورقة تجارية، ويقوم المشتري الأصلي بتظهير هذه الورقة للبائع على سبيل الضمان (تظهير تأميني) لحين حلول موعد استحقاق حقه في الثمن.

هذا ويستطيع البائع أن يدعم ضمانه المستمد من شرط الاحتفاظ بالملكية بضمان إضافي إذا ما رغب مدينه المشتري أن يتصرف في المنقولات المبيعة قبل إتمام الوفاء، و ذلك بأن يطلب من المشتري أن يحيل إليه حقوقه التي نشأت أو تنشأ في ذمة الغير من جراء تصرفه في هذه المنقولات(1)

ولا يوجد في القانون الجزائري ما يمنع البائع الذي اشترط الاحتفاظ بالملكية أن يطلب من المشتري حوالة حقوقه المستقبلية التي تنشأ في ذمة الغير على إثر تصرف المشتري في المنقولات المبيعة قبل سداد ثمنها بالكامل.

وتجدر الإشارة إلى أن الضرورات الاقتصادية ، قد تدفع البائع إلى الترخيص للمشتري إمكانية التصرف في المنقولات قبل استيفاء ثمنها بالكامل ، وسعيا من البائع وراء المحافظة على ضمانه فإنه قد يقرن هذا الترخيص بتمديد شرط الاحتفاظ بالملكية إلى المشتري الثاني .

إن هذا التمديد قد يكون في شكل اتفاق صريح بين البائع والمشتري على أن يكون تصرف هذا الأخير في المنقولات المحملة بشرط الاحتفاظ بالملكية مقرونا بنقل هذا الشرط إلى البيع الثاني ، و يطلق على شرط الاحتفاظ بالملكية في هذه الحالة الشرط المنقول أو المتحرك .

كما قد يتفق البائع والمشتري على الترخيص لهذا الأخير في بيع المنقولات المحملة بشرط الاحتفاظ بالملكية على أن يكون البيع الثاني مشروطا فيه أيضا شرط الاحتفاظ بالملكية لصالح المشتري الأصلي ويطلق على شرط الاحتفاظ بالملكية في هذه الحالة بشرط الاحتفاظ بالملكية المضاعف .

---

(1)- لقد أجاز القانون الفرنسي المعروف باسم(Dailly) المؤرخ في2 جانفي 1981 مثل هذا الاتفاق، انظر حسين الماحي، آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني، مرجع سابق، ص 137.

وعليه فان هذه الوسائل تزيد في فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية، هذا الأخير الذي يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وحسنا ما فعل المشرع المصري لما جعل هذا الشرط نافذا حتى في مواجهة المتصرف إليه الحسن النية، طالما كان شرط الاحتفاظ بالملكية ثابت التاريخ في ورقة مكتوبة قبل نشوء حق المتصرف إليه. وهنا تجدر الإشارة إلى أن الكتابة هنا لا تمس ببساطة هذا الضمان طالما لم يحدد المشرع المصري نوع هذه الكتابة.

ولكن يبقى أن فعالية هذا الشرط تظهر بشكل بارز عند خضوع المشتري لإجراء جماعي نتيجة توقفه عن الدفع، ذلك أن المبيع المحتفظ بملكيته لا يدخل ضمن أموال المشتري التي تخضع لمزاحمة الدائنين، إذ للبائع أن يمارس دعوى الاسترداد و التي تتميز بالبساطة كما بينا.

نخلص مما سبق إلى أن شرط الاحتفاظ بالملكية ، يقوم على اتفاق بين البائع والمشتري على تأجيل نقل الملكية إلى حين الوفاء بالثمن، وان هذا الشرط أثار تحديد طبيعته القانونية جدلا فقهيا حادا، انتهينا إلى الأخذ بالاتجاه الذي يعتبر البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بيعا معلقا فيه نقل الملكية على شرط واقف واستبعدنا الشرط الفاسخ ، و هو ما ذهب إليه التشريع الفرنسي وأيده الفقه بشكل واسع.

كما توصلنا إلى إثبات فعالية هذا الشرط لما يتصف به من بساطة وسهولة و قلة التكاليف،و اعتبرنا أن توظيف هذا الشرط كوسيلة ضمان أبرز فعاليته و استدللنا ببعض النماذج كعقد الاعتماد الايجاري و البيع الايجاري. إلا أن نفصان فعالية هذا الشرط تظهر بشكل واسع في مواجهة الغير خاصة عند خضوع المشتري لإجراءات جماعية نتيجة إفلاسه أو عند التصرف في المبيع.

خاتمة البحث

ختاما لما سبق ، ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع ، نصل إلى القول بأن الائتمان يمثل دعامة هامة من دعائم النشاط الاقتصادي ، لذا نحن نرى أنه يجب رسم سياسة تشريعية عامة للائتمان ، لا تقف فقط عند حدود بعض الأنظمة المبعثرة ضمن قواعد القانون الخاص . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الاهتمام بهذا الموضوع يقتضي توفير حماية معينة للأطراف المتعاملين به.

إن هذه الحماية تكتسي أهمية بالغة ، تحتل الضمانات المكانة المرموقة ضمن وسائل تحقيقها ، فلا يمكن لأحد أن ينكر أن أهمية الضمان في العصر الحاضر تزداد بالقدر الذي ازدادت فيه الحاجة الماسة للائتمان. فباعتبار أن هذا الأخير قائم على الثقة ، فهذا يعني أن الدائن لا يمنح ائتمانه إلا للمدين الموثوق فيه ، ولا شك أن هذه الثقة تنبع بشكل رئيسي مما يقدمه للدائن من ضمانات تكفل له الوفاء بحقه.

إن فكرة الضمانات فكرة حية ، و متطورة ، هذا التطور أدى إلى تنوع كبير في الوسائل و الأدوات المستعملة في سبيل تحقيق الوظيفة الاقتصادية المبتغاة من وراء الضمان ، و قد أدت التطورات الحديثة إلى أن الدائنين أصبحوا في بحث مستمر على المزيد من الضمانات ، بل أن هذه الأخيرة قد تتعدد بمناسبة عملية واحدة .

هذا السباق نحو المزيد من الضمان يحمل في طياته دلالة عن ظهور عجز في وسائل الضمان التقليدية .

هذا العجز منه ما هو راجع إلى ارتفاع تكلفة الضمان نتيجة اشتراط الرسمية أو اتخاذ إجراءات الشهر و العلانية كما هو الحال بالنسبة للتأمينات العينية ، و التي عبر البعض عن عجزها بالقول بظهور أزمة التأمينات . و منها ما يرجع العجز فيها إلى ضعف الضمان الذي تحققه في حد ذاته ، بسبب شروط ممارسة هذه الضمانات كما هو الحال بالنسبة للحق في الحبس و الشرط الجزائي ، أو نتيجة عدم اعتراف المشرع صراحة بإمكانية اللجوء إليها ، أو عدم تنظيمه لوسيلة الضمان في حد ذاتها ، كما هو الشأن بالنسبة لشرط المنع من التصرف ،والذي جعل البعض يعتقد بعدم إمكانية اللجوء إلى إدراج هذا الشرط ،

كما هو الحال بالنسبة للمديرية العامة للأملاك الوطنية لولاية المدية ، والتي اعتبرت أن تقييد التصرف لا يكون إلا عن طريق القانون أو القضاء ، وذلك في مذكرة صادرة عنها بتاريخ 26 – 03 – 2007 ، إضافة إلى ذلك فإن عدم التنظيم المحكم ، كما هو الحال عليه بالنسبة للتأمين على القرض أو الدين ، انعكس سلبا على دور المؤسسات أو الأجهزة التي تعمل في هذا المجال (شركة ضمان القرض العقاري ، شركة ضمان القرض للاستثمار)، أو عدم توفر سوق نشيطة في التعامل بالسندات ، مثلما هو الحال عليه بالنسبة لعملية التو ريق التي تقوم بها شركة إعادة التمويل الرهني التي استحدثها المشرع في 2006.

هذا الواقع يؤدي حتما إلى البحث عن وسائل و أدوات أكثر فعالية ، فكان أن تم استعمال حق الملكية كوسيلة ضمان ، وذلك عن طريق شرط الاحتفاظ بالملكية الذي يعد النموذج الأمثل لهذه الممارسة .

إن شرط الاحتفاظ بالملكية ، أثبت عن حق عمله لصالح تدعيم الائتمان ، نظرا لما يحققه من ضمان للموردين خاصة في مجال البيوع التجارية، و البيع بالتقسيط . فالبائع باشتراطه الاحتفاظ بملكية الأموال المبيعة إلى حين استيفاء ثمنها بالكامل ، يكون قد وظف حق الملكية المحتفظ به للضغط على المشتري كي يوفي بالثمن على وجه السرعة .

كما أن فعالية هذا الضمان تظهر من خلال قدرته على الوقوف في وجه مزاحمة جماعة الدائنين ، في حالة اضطراب أحوال المدين المالية و خضوعه لإجراء من الإجراءات الجماعية . إذ يكون للبائع المحتفظ بالملكية حق ممارسة دعوى استرداد المبيع و إخراجه من أموال التفليسة .

فضلا عن أن هذا الضمان يمكن نقل الاستفادة منه إلى الغير ، أي عدم قصر الاستفادة منه على أطراف عقد البيع. إذ يمكن استعمال هذا الشرط للغير الخارج عن إطار العلاقة العقدية الأصلية، و الذي قد يكون مصرفا في أغلب الأحوال .

إلا أن الواقع العملي قد يفرز العديد من المشكلات و الافتراضات التي قد تؤثر على فعالية هذا الضمان ، فإن التشريعات الأجنبية ، بادرت إلى تنظيم هذا الشرط بما يحفظ له وظيفته و فعاليته ، كما هو الحال بالنسبة للمجموعة الأوروبية. على عكس التشريع الوطني ، و الذي لا يزال بعيدا عن الركب الدولي في

هذا المجال ، حيث أننا لا نجد إطارا قانونيا ينظم هذا الضمان ، عدا بعض النصوص القانونية المتناثرة ضمن مجالات مختلفة كعقد البيع بالإيجار وعقد الاعتماد الايجاري..الخ

في الحقيقة يقتضي على المشرع الجزائري أن يبتعد عن الانزواء أو الخروج عن مضمار السباق ، خاصة و أن التطورات الاقتصادية العالمية قد فرضت على الجزائر ، خاصة بعد التوقيع على اتفاقية « الجات» ضرورة تكييف سياستها التشريعية لمواكبة هذه المتغيرات ، وذلك يفرض ضرورة إزالة العقبات التشريعية التي تعوق الانطلاق في سباق التجارة الدولية .

لذا فإننا نصل في الأخير لبعض الاقتراحات في هذا الموضوع :

أولا: ضرورة تنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية ضمن قالب قانوني محكم ، و عدم الاقتصار على ما جاءت به القواعد العامة. لأن ذلك سيؤدي حتما إلى زيادة اللجوء إلى التعامل بهذا الضمان الذي يتسم بالبساطة و السهولة وقلة التكاليف .

ثانيا: تعديل النصوص المتعلقة بالإفلاس ، و جعلها تتماشى مع تطبيق هذا الشرط .

ثالثا : تعميم تطبيق بعض القواعد المدرجة ضمن أحكام خاصة ، كما هو الحال بالنسبة لأحكام الاعتماد الايجاري ، إذ أن المشرع ضمن من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية حماية ائتمان المتعاملين في هذا المجال، إذ نص صراحة على عدم إمكانية دائني المستأجر التنفيذ على أموال المؤجر الموضوعة تحت يد المستأجر في إطار علاقة الاعتماد الايجاري.

رابعا: ضرورة تفعيل دور شرط الاحتفاظ بالملكية ، خاصة فيما يتعلق بنفاذ هذا الشرط قبل الغير حسن النية ، و ذلك بتنظيم شروط ممارسة دعوى الاسترداد ،والأخذ بالتاريخ الثابت للشرط في ورقة مكتوبة كشرط للاحتجاج به في مواجهة المتصرف إليه الذي تعامل مع المشتري على أساس الوضع الظاهر(حسن النية).

و لكن يبقى أن نشير إلى أن شرط الاحتفاظ بالملكية ، وحتى في ضل التشريعات التي قامت بتنظيمه ، لا يزال يثير اللبس و الغموض ، خاصة في مجال تحديد طبيعته القانونية .

تم بمشيئة و عون الله سبحانه و تعالى

قائمة المراجع:

أولا: المراجع باللغة العربية:

أ- التشريعات و القوانين :

1- القرآن الكريم.

2- القانون رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني.(المعدل)

3- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون التجاري .(المعدل)

4- القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد و القرض المعدل في 2003/10/23.

5- الأمر رقم 96-06 المؤرخ في 10 أكتوبر 1996 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير.

6- الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري

7- المرسوم التنفيذي رقم 97 - 35 المؤرخ في 14 يناير 1997 ، المحدد لشروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني و إيجارها و بيعها بالإيجار ، وشروط بيع الأملاك ذات الاستعمال التجاري و المهني وغيرها ، التي أنجزتها دواوين الترقية و التسيير العقاري بتمويل قابل للتسديد من حسابات الخزينة العامة أو بتمويل مضمون منها و المسلمة بعد شهر أكتوبر 1992 .

8- المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ 23 ابريل2001 ، الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كيفيات ذلك.

ب- المؤلفات:

1- إبراهيم دسوقي أبو الليل ، البيع بالتقسيط و البيوع الائتمانية الأخرى ، جامعة الكويت ، الطبعة الأولى 1984.

2- أسامة محمد الفولي و مجدي محمد شهاب، مبادئ النقود و البنوك ، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية ، 1997.

3- أشرف جابر سيد، مدى الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائني المتصرف إليه، دار النهضة العربية، 2006.

4- أشرف عبد الرزاق ويح ، الوسيط في لبيع بالتقسيط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون طبعة.

5- الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001.

6- حسين الماحي ، أثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني ، دار أم القرى ، المنصورة الطبعة الأولى، 1990 .

7- حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتامين والامتياز، المكتبة القانونية الدار الجامعية، 1990 .

8- حمد الله محمد حمد الله ، حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996- 1997.

9- زكريا احمد نصر ، النقود و الائتمان في الرأسمالية و الاشتراكية ، مطبعة المدني ، القاهرة ، 1965.

10- سليمان مرقص، عقد البيع، القاهرة ،1990.

11-شاكر القز ويني ، محاضرات في اقتصاد البنوك ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2000 .

12- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج4، العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الثالثة، 2000.

13- علاء الدين خروفه ، عقد القرض في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، دراسة مقارنة ، مؤسسة نوفل ، لبنان ، 1982 .

14- علي البارودي ، السلطة التقديرية لرجل البنك في إبرام العمليات الائتمانية ، المال والصناعة ، بنك الكويت الصناعي ، العدد الأول 1980.

15- علي البارودي ، القانون التجاري، العقود وعمليات البنوك ، الدار الجامعية ، لبنان ، 1991.

16- علي البارودي و محمد فريد العريني ، القانون التجاري ، العقود التجارية ، عمليات البنوك ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة 2000 .

17- على بن هادية ، بلحسن البليش و الجيلاني بن الحاج يحي ، القاموس الجديد للطلاب ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1991 .

17 - علي حسن يونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.

19- علي جمال الدين عوض، العقود التجارية، دار النهضة العربية ،القاهرة، بدون سنة نشر.

20 - علي علي سليمان،ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري،الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، سنة النشر1986 .

21- كمال الدين صدقي ، البنوك التجارية من الناحيتين النظرية و العملية ، مكتبة النهضة العربية،بدون سنة نشر.

22- لحسن بن الشيخ اث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، دار هومة ، 2005 .

23- مجيد ضياء الموسى ، الاقتصاد النقدي ، الإسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة ، 1989 .

24- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2001 .

25- محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، طبعة 2007.

26- محمد سويلم، إدارة البنوك و بورصات الأوراق المالية،المنصورة،الشركة العربية للنشر و التوزيع، 1992 .

27- محمد كمال خليل الحمزاوي ، اقتصاديات الائتمان المصرفي ، الإسكندرية ، منشاة المعارف ، 1997 .

28- مصطفى كمال طه ، القانون التجاري، طبعة 1980.

29- مظلوم حمدي محمد ، النقود وأعمال البنوك و التجارة الدولية ، بيروت، دار النهضة العربية،بدون سنة نشر.

30- نادية فضيل ، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري ، دار هومة ، الطبعة السادسة ، 2006 .

31- نبيل إبراهيم سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 1991.

32- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية و الشخصية،الرهن الرسمي، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز ، الكفالة، دار الجامعة الجديدة ، 2007 .

33- نبيل إبراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 .

34- هاني دويدار ، النظام القانوني للتأجير التمويلي ، مكتبة الإشعاع ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، 1998 .

ج - الرسائل و البحوث:

1- أمقران راضية ، ضمانات البنك في مجال الائتمان ، بحث لنيل شهادة الماجستير ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، سنة 2000/ 2001.

2- طالي لطيفة ،القرض العقاري، بحث لنيل شهادة الماجستير،فرع العقود و المسؤولية ،كلية الحقوق بن عكنون،سنة2002/2001.

3- ضويفي محمد ، علاقة البنك المركزي بالبنوك التجارية، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال،كلية الحقوق بن عكنون،1999 .

4- ليندة شامبي ، المصارف و الأعمال المصرفية في الجزائر، بحث لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق بن عكنون ، سنة 2001/ 2002.

5- نوال قحموس ، شركة الاعتماد الايجاري في ظل القانون الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق بن عكنون ، سنة 2000/ 2001.

د- المقالات :

1- فاروق إبراهيم خضير ، مفهوم الائتمان المصرفي و علاقته بالادخار والاستثمار ، مجلة الإدارة، مصر ، العدد الأول ، المجلد 20 ، يوليو 1987.

2- حوار صحفي مأخوذ من أسبوعي « El Waten Immobilier » من الأحد 25 ديسمبر إلى 31 ديسمبر 2006 ، ص 11 .

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية :

Ouvrages :

1- Anne Marie , percée du sert , risque et contrôle de risque , édition economica, paris , 1999.

2- Boudino,A, technique et pratique bancaire, édition Sirey, Paris 3éme édition,1974 .

3- Claude pérochon,la clause de réserve de propriété,les aspects comptables de la réserve de propriété, actualités de droit de l entreprise ,t 12,Librairies technique, Paris,1980.

4- Fernand Baudhuin ,L économie politique contemporaine, sous la direction de Louis Baudin ,Volume VIII , Crédit et Banque économie et législation comparées 3éme édition ,refondue, L,G,D,J,1962 .

5- Fernand Derrida , la clause de réserve de propriété et le droit de la faillite , actualités de droit de l’entreprise , la clause de réserve de propriété , actualités de droit de l’ entreprise ,t 12,Librairies technique, Paris,1980.

6- François collar Dutilleul et Philippe Delebeque, contrat civils et commerciaux , 4eme édition , Dalloz , paris , 1998.

7- Gilles Gobin , les opération bancaires et leur fondements économiques , Donos , Paris ,1980.

8- Jacques Ghestin, la clause de réserve de propriété , Rapport de droit civil, actualités de droit de l entreprise ,t 12,Librairies technique, Paris,1980 .

9- Jacques Ghestin, rapport de synthèse , actualité de Droit de l'entreprise ,la clause de réserve de propriété , t 12,Librairies technique, Paris,1980 .

10- Jean Bastin,La défaillance de paiement et sa protection,L'assurance-crédit ,L.G.D.J,Paris 1991.

11- Legeais, Dominique, sûretés et garanties du crédit, 5éme édition, L.G.D.J 2006.

12- Luicien , M ,Martin , banques et bourses , 3éme édition , 1991.

13- Mazeaud, T3 , Vol 1 , N1.

14- Michel Grimaldi ,la clause de réserve de propriété ,Medef, Direction des affaires juridiques, Juillet 2005 .

15- Pascal, Ancel, Manuel de droit du crédit , litec ,Paris ,1994.

16- Planiol et Ripert, Traite pratique de droit civil ,2éme édition, N17, Douai, 30 juillet 1987, R, proc, Coll.

17- Rudloff et Dubanchet, présentation général de la loi du 12 Mai 1980,la clause de réserve de propriété , actualités de droit de l'entreprise, T12,Librairies technique, Paris,1980 .

18- Stéphane Piedelievre , les sûretés , Armand Colin , KJV 2115 PIE 2004.

Articles et périodiques :

1- Chartier ,Y , Rapport de synthèse , colloque de Deauville, sur l'évolution des sûretés, Rev , Jur , com , fèv 1982.

2- Christian Larroumet , les pools bancaires , la tribune de l assurance 2000.

3- Jacques Ghestin, Juris-classeur périodique, 1981,11, n15.

4- Michel Mathieu, l'exploitant bancaire et le risque crédit, la revue banque éditeur, 1995 .

5- Peltier Frederic, introduction au droit de crédit, la revue banque éditeur ,2éme édition ,1990.

6- Vasseur , les garanties indirectes du banquier ,rapport présenté au colloque de Deauville,sur l' évolution des sûretés,Rev.Jur,com,numéro spécial, février,1982.

7- La clause de réserve de propriété , Medef ,Direction des affaires juridiques, juillet 2005.

8- Cass, 10 dés , 1991, Cass 11 mai 1993 , Dalloz, 1993, Somm, commentés par Françoise Pérochon .

9- Cass, com , 11 mai , 1984 ,gazette du palais , 1985 -1-55 .

10- Juris-classeur périodique,**1980,49868.**

11- Lexique de gestion , Dalloz , 3éme édition , 2000.

12- Revue « Média banc » n° 27Dec 1996/Jan 1997 .

الفهرس